



Universidad
Carlos III de Madrid
www.uc3m.es

TESIS DOCTORAL

DECLARACIÓN DE SINIESTROS EN LA CONTRATACIÓN PÚBLICA COLOMBIANA: CONSTRUCCIÓN DOGMÁTICA DE UNA REGULACIÓN INCONCLUSA

Autor:

CÉSAR ANTONIO COHECHA LEÓN

Director:

Prof. Dr. D. LUCIANO PAREJO ALFONSO

DEPARTAMENTO DE DERECHO PÚBLICO DEL ESTADO

PROGRAMA OFICIAL DE DOCTORADO EN DERECHO

Getafe, octubre de 2015

ÍNDICE GENERAL

ABREVIATURAS	5
---------------------	----------

INTRODUCCIÓN	7
---------------------	----------

PRIMERA PARTE

FUNDAMENTOS Y ELEMENTOS DEL RÉGIMEN JURÍDICO DE LAS GARANTÍAS EN LA CONTRATACIÓN PÚBLICA COLOMBIANA

CAPÍTULO I

DE LA ESENCIA Y OBJETO DE LAS GARANTÍAS: PROTECCIÓN DE LOS RECURSOS PÚBLICOS ECONÓMICOS

Exordio	24
1. La razón de ser de la cobertura de riesgos en la función administrativa contractual	25
2. Origen y evolución de la protección de recursos por conducto de terceros a la relación contractual	37
3. De los distintos instrumentos que permitirían resguardar la actividad contractual del Estado	46
4. De los riesgos, en concreto, que deben ampararse en la gestión contractual de los entes públicos	52
5. Suficiencia patrimonial y temporal de los diversos amparos precontractuales, contractuales y extracontractuales	60
6. Algunas formalidades sobre la constitución, aplicación y división de las garantías contractuales	64
7. Elementos principales a comparar con el régimen de las garantías contractuales entre particulares	66
Corolario	69

CAPÍTULO II

DE LA NATURALEZA DE LAS GARANTÍAS EN EL CONTRATO ESTATAL: ¿EXPRESIÓN DE UNA FACULTAD ORDINARIA O EXCEPCIONAL DEL ESTADO?

Exordio	70
1. El actual régimen jurídico del contrato estatal que celebran las entidades públicas sometidas al EGCAP	71



2. De las cláusulas ordinarias o estipulaciones del derecho común que conforman el contrato estatal	109
3. De las cláusulas excepcionales al derecho común y estipulaciones exorbitantes del contrato estatal	153
4. Algunas inconsistencias teóricas de la dogmática tradicional sobre las cláusulas excepcionales	181
5. La otra mirada a la cláusula de garantías, dentro de la tipología de estipulaciones del contrato estatal	189
6. Implicaciones o consecuencias de nuestra teoría sobre las cláusulas excepcionales y la de garantías	195
Corolario	199

SEGUNDA PARTE

EFICACIA DEL RÉGIMEN JURÍDICO DE LAS GARANTÍAS EN EL CONTRATO ESTATAL COLOMBIANO

CAPÍTULO III

DEL INSTRUMENTO DE CONFIGURACIÓN POR EXCELENCIA: EL CONTRATO PRIVADO DE SEGURO COMO MECANISMO PRIVILEGIADO

Exordio	201
1. Naturaleza jurídica del contrato de seguro, desde la normativa que rige la actuación de los particulares	202
2. Condiciones generales del contrato de seguro del derecho privado que se adoptarán y matizarán en la contratación pública	215
3. De las modalidades de seguros, para diferenciar el de cumplimiento como característico de la contratación pública	223
4. Las exclusiones del seguro, de orden legal y contractual, que se verán condicionadas en el derecho público	226
5. De la necesaria individualización de las partes del contrato de seguro, para luego ubicar al Estado y su contratista	228
6. Los rasgos distintivos del contrato de seguro cuando protege de riesgos en la contratación pública	230
Corolario	239



CAPÍTULO IV

DE LA FORMA DE APLICACIÓN: SINIESTRALIDAD DE PÓLIZAS Y DEBIDO PROCESO ADMINISTRATIVO

Exordio	240
1. El siniestro en el derecho administrativo contractual como un régimen excepcional al derecho privado	241
2. Del fundamento de la siniestralidad de pólizas como prerrogativa del Estado para proteger el interés general	242
3. La configuración del siniestro ante los distintos riesgos que se presentan en la función administrativa contractual	247
4. De la cuantificación de los perjuicios como facultad del Estado inherente a la declaración de siniestros	254
5. Del régimen entre particulares ante la ocurrencia del riesgo amparado por el contrato privado de seguro	257
6. Procedimiento administrativo para declarar siniestro: protección del interés general y de los derechos del contratista	259
7. Ejecución o cobro coactivo como consecuencia de la declaración del siniestro por incumplimiento del contratista	263
Corolario	268
CONCLUSIONES	270
BIBLIOGRAFÍA	289

Referencias doctrinales

Referencias jurisprudenciales

Referencias normativas



ABREVIATURAS

A	Auto Judicial
APP	Asociación Público Privada
art.	artículo
CCC.	Corte Constitucional de Colombia
CCA	Código Contencioso Administrativo
CCE	Agencia Nacional de Contratación Pública -Colombia Compra Eficiente
CCo.	Código de Comercio de Colombia
CCv.	Código Civil de Colombia
CE	Consejo de Estado de Colombia
Cfr.	Cónfer
CGP	Código General del Proceso de Colombia
CGR	Contraloría General de la República
Comp.	Compilador
CONPES	Consejo Nacional de Política Económica y Social
Coord.	Coordinador
Cpto.	Concepto
CPACA	Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo
CPC	Código de Procedimiento Civil de Colombia
CPol.	Constitución Política de Colombia
CSJ	Corte Suprema de Justicia de Colombia
CST	Código Sustantivo del Trabajo
D.	Decreto
Ed.	Editor
EGCAP	Estatuto General de Contratación de la Administración Pública
EICE	Empresa Industrial y Comercial del Estado
EOP	Estatuto Orgánico del Presupuesto



et al.	y otros
inc.	inciso
L.	Ley
lit.	literal
MASC	Mecanismos Alternativos de Solución de Conflictos
num.	numeral
op. cit.	en la obra citada
p.	página
par.	Parágrafo
PGN	Procuraduría General de la Nación
pp.	páginas
Rad.	Radicación
Resol.	Resolución
S	Sentencia
SCA	Sala de lo Contencioso Administrativo
SCC	Sala de Casación Civil
SCSC	Sala de Consulta y Servicio Civil
Secc.	Sección
SEM	Sociedad de Economía Mixta
ss.	subsiguientes
Sub.	Subsección
v.gr.	por ejemplo

INTRODUCCIÓN

Los juristas que se identifican con las más altas potencialidades del derecho y con un papel de actores y portadores de proyectos de cambios progresivos, deben asumir y realizar un pensamiento crítico y creativo en cuanto a las relaciones derecho/sociedad.

Marcos KAPLAN¹

La Administración Pública, para regular su poder y fundamentar su actuación -entre otros fines-, se supedita al ordenamiento jurídico²; condición que le permite -a su vez y como elemento funcional- solucionar (en términos generales) los conflictos que, cotidianamente, se le desvelan³. Paradójicamente, el propio Derecho -en no pocas oportunidades- promueve lo opuesto al último atributo expresado, es decir, origina confusión e incertidumbre en la gestión administrativa⁴. Ese contexto encuentra múltiples fuentes, como las lagunas normativas⁵, la ambigüedad y

¹ KAPLAN, Marcos, *Derecho y Jurista en la Sociedad y el Estado*, en LÓPEZ RUIZ, Miguel (Ed.), *A cien años de la muerte de Vallarta*, Cuadernos del Instituto de Investigaciones jurídicas, UNAM, México, 1994, p. 111.

² FERRAJOLI, LUIGI, *El Derecho como Sistema de Garantías*, en Revista Jueces para la Democracia, No. 16-17, Madrid, 1992, pp. 61-69. DÍAZ, Elías, *Estado de Derecho y Sociedad Democrática*, Cuadernos para el Diálogo, Madrid, 1966, p. 18.

³ BOBBIO, Norberto, *Teoría General del Derecho*, Temis, Bogotá, 1987, pp. 3-19.

⁴ ROBLES SOTOMAYOR, María Elodia, *Caos y Derecho*, en CÁCERES NIETO, Enrique, et al. (Coord.), *Problemas Contemporáneos de la Filosofía del Derecho*, UNAM, México, 2005, pp. 597-616. RODRÍGUEZ FLÓREZ, Erbey Enrique, *Derecho y Complejidad: Entropía, Caos e Interdisciplinariedad en Sistemas Jurídicos Dinámicos*, Grupo Editorial Ibáñez, Bogotá, 2014.

⁵ ALCHOURRÓN, Carlos E. y BULYGIN, Eugenio, *Introducción a la Metodología de las Ciencias Jurídicas y Sociales*, Astrea, Buenos Aires, 1975, pp. 48-161.

vaguedad del lenguaje⁶, la variedad de preceptos referidos a un mismo tópico⁷ y los conflictos normativos, antinomias entre reglas⁸ y colisión de conflictos⁹. Situación que se intensifica con las sentencias judiciales discordantes entre ellas, en la mayoría de las oportunidades por la incertidumbre en la comprensión de los hechos¹⁰.

La antepuesta explicación abstracta es factible delimitarla en el actual régimen de la contratación pública colombiana. En él, por ejemplo, pese a la formulación de un estatuto general (EGCAP)¹¹, se encuentran, en abundancia, otras normas jurídicas que gobiernan esa actividad del Estado y de los particulares que participan como contratistas¹², que -al sistematizarlas- determinan tres regímenes contractuales

⁶ CARRIÓ, Genaro, *Notas sobre Derecho y Lenguaje*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1965. SOLER, Sebastián, *La Interpretación de la Ley*, Ariel, Barcelona, 1962. DI LUCIA, Paolo, *Derecho, Lenguaje y Acción*, Editorial Fontamara, México, 2010.

⁷ ATIENZA, Manuel, *Por qué el Derecho*, en *Ensayos Jurídicos en memoria de José María Cajica Camacho*, Volumen I, Editorial Cajica, Puebla, 2002, pp. 65-69.

⁸ KELSEN, Hans, *Teoría Pura del Derecho*, Editorial Porrúa, México, 2005, p. 214. GUASTINI, Riccardo, *Estudios sobre la Interpretación Jurídica*, Editorial Porrúa, México, 2008, pp. 67-72.

⁹ ALEXY, Robert, *Teoría de los Derechos Fundamentales*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2007, p. 75.

¹⁰ FRANK, Jerome, *Derecho e Incertidumbre*, Editorial Fontamara, México, 1993, pp. 23.

¹¹ Adoptado mediante la L.80/93. Modificado con L.315/96, L.1150/07, L.1474/11, L.1508/12, L.1563/12 y D.19/12. Reglamentado con el D.1082/15.

¹² Como, a título enunciativo: D.2388/79, L.29/90, D.393/91, D.591/91, D.777/92, L.30/92, L.131/92, L.100/93, D.1210/93, L.489/98, L.689/01, L.685/01, L.715/01, L.1118/06, L.1286/09, L.1324/09, L.1341/09, L.1454/11, L.1682/13 y L.1753/15.

(*general*, *exceptuado*¹³ y *especial*¹⁴), los cuales -en eventos concretos- son ignorados por parte de la doctrina y algunas entidades públicas, incluidos entes de control¹⁵. De allí que, observando ciertos acuerdos perfeccionados por aquéllas¹⁶, se advierte cómo confunden la normativa que deben aplicar, refundiendo los precitados regímenes y forjando irregularidades, aunque actúen de buena fe o sin la intención de desconocer los cánones jurídicos sobre la contratación¹⁷.

Por su parte, esa diversidad de normas jurídicas, que conforman los denominados tres regímenes, no tiene aplicación exclusiva o delimitada en cada uno de ellos, constituyéndose -por tanto- en pautas generales, con diferentes excepciones. Así, para demostrar la complejidad, es correcto afirmar -sin incurrir en contradicción jurídica, aunque literalmente se presente de esa forma- que las entidades públicas exceptuadas del EGCAP deben acatar -parcialmente- el EGCAP, porque están en

¹³ Donde, por regla, no se aplica el EGCAP. Es el caso -v.gr.- de las Universidades y de las Empresas Sociales del Estado.

¹⁴ En el que, si bien la entidad no se somete en algunas contrataciones al EGCAP, no se encuentra excluida de éste en las demás. Como en el contrato-plan entre la Nación y las entidades territoriales o en las concesiones mineras.

¹⁵ Para constatar lo expresado, ver PGN, Sala Disciplinaria, Decisión del 27/03/14, Rad. 161-5689 (IUC-D-2010-878-488501), disponible en <http://www.procuraduria.gov.co/relatoria/media/file/dependencia/SalaDisciplinaria/2014/1615689.doc>.

¹⁶ Principalmente, convenios y contratos interadministrativos.

¹⁷ En la decisión referenciada en la nota al pie No. 15, se indica: “*En segundo término, si se examinan las consideraciones del Convenio de Asociación n.º 423 del 22 de noviembre de 2011 se observa que se señalaron los artículos 355 de la Constitución Política y 96 de la Ley 489 de 1998 sin clarificar si se trataba de uno u otro contrato...*”.

la obligación de respetar el régimen general de inhabilidades e incompatibilidades¹⁸, contenido -principalmente- en ese estatuto¹⁹.

Asimismo, en presencia de cualquiera de los nombrados tres regímenes, que delimitan la contratación pública, es preciso reconocer que ninguno de ellos es puro, en el sentido de que no están soportados exclusivamente por normas de derecho público, toda vez que (por la materialidad y la regulación) debe aplicarse el derecho privado²⁰. Cada uno de ellos, constituye -en consecuencia- un tratamiento mixto. Situación que, desde la perspectiva procesal (en lo que hace a la competencia), es indiferente, valorando que -por regla- la jurisdicción de lo contencioso administrativo

¹⁸ Así se determina en el art. 13 de la L.1150/07: *“Las entidades estatales que por disposición legal cuenten con un régimen contractual excepcional al del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, aplicarán en desarrollo de su actividad contractual, acorde con su régimen legal especial... estarán sometidas al régimen de inhabilidades e incompatibilidades previsto legalmente para la contratación estatal”*.

¹⁹ Y, en todo caso, sin importar el régimen contractual, deben acatar -además de los principios de la función administrativa y de la gestión fiscal- las reglas generales sobre: (i) la delegación de funciones, (ii) el presupuesto, (iii) las garantías en periodos electorales y, entre otras, (iv) los aportes parafiscales y al sistema de seguridad social.

²⁰ En el general, por mandato del EGCAP, L.80/93, arts. 13, 32 y 40. El primer art. citado dicta: *“Los contratos que celebren las entidades a que se refiere el artículo 2o. del presente estatuto se regirán por las disposiciones comerciales y civiles pertinentes, salvo en las materias particularmente reguladas en esta ley...”*.

En los de excepción, es común (no exclusivo) el empleo de una regla como la que sigue: *“En materia contractual se regirá por el derecho privado, pero podrá discrecionalmente utilizar las cláusulas exorbitantes previstas en el estatuto general de contratación de la administración pública”*. (L.100/93, art. 195, num. 6, para las Empresas Sociales de la Salud)

conoce de todos los contratos de las entidades públicas, sin importar el régimen aplicable²¹.

Ese panorama irresoluto se fortalece, igualmente, con los cambios constantes de reglamentación²², que conduce a la inestabilidad e inseguridad en el ejercicio de la función administrativa y, por ende, a la afectación negativa de la prestación de servicios mediante la ejecución de contratos²³. La Administración y demás intervinientes en la gestión contractual principian el conocimiento y aprehensión de nuevos preceptos y, cuando creen que los han asimilado, se sustituyen o modifican. Se localiza ejemplo cercano en el que la vigencia de un decreto reglamentario no superó 6 meses²⁴.

Ahora bien, a pesar de la existencia de heterogéneas normas²⁵, se advierte que ellas no amparan considerables vicisitudes que se exteriorizan en la actividad

²¹ Conforme al art. 104 del CPACA, esta jurisdicción “conocerá de los siguientes procesos: ...Los relativos a los contratos, cualquiera que sea su régimen, en los que sea parte una entidad pública o un particular en ejercicio de funciones propias del Estado”.

Las excepciones se encuentran en los num. 1 y 4 del art. 105 *ibídem*.

²² Desde la reforma del año 2007 al EGCAP, se han proferido 5 reglamentos (D.66/08, D.2474/08, D.734/12, D.1510/13 y D.1082/15), además de las modificaciones parciales que sobre ellos se adoptan.

²³ ESTRADA, Juan Pablo, *Contratación Estatal ¿Reina la Incertidumbre?*, Revista Digital de Derecho Administrativo, Universidad Externado de Colombia, N°1, 2009, pp. 1-3, disponible en <http://revistas.uexternado.edu.co/index.php/Deradm/article/view/2594/2233>.

²⁴ El D.66 se expidió el 16 de enero de 2008 y derogó (por conducto del D.2474) el 7 de julio del mismo año.

²⁵ GÓMEZ LEE, Iván Darío, *Pasos inseguros en la nueva contratación*, Revista Digital de Derecho Administrativo, Universidad Externado de Colombia, N°1, 2009, pp. 1-4,

contractual del Estado colombiano²⁶. De esta forma, se identifican lagunas o vacíos (absolutos o parciales), *v.gr.*, en lo correspondiente a los sistemas de precios, a la revocación de actos precontractuales diferentes al de adjudicación, a la determinación concluyente de la modalidad de selección de contratistas, a la suspensión del contrato, a la subcontratación, a los siniestros, etc.

Entre otras imprecisiones, contradicciones interpretativas complementan el entorno de caos, que impiden -de forma parcial- el adecuado ejercicio de la función administrativa contractual. Ellas provienen -principalmente- del CE y de CCE. En el primer órgano, cuando -sin modificación de los fundamentos de hecho y de derecho- desatiende su propia jurisprudencia²⁷. En el caso de la segunda entidad, al fijar

disponible en
<http://revistas.uexternado.edu.co/index.php/Deradm/article/view/2596/2235>.

²⁶ Se expresa, en ese sentido, que el EGCAP es una *ley de principios*. BENAVIDES, José Luis, *El Contrato Estatal: entre el derecho público y el derecho privado*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2004, pp. 75-78.

²⁷ Ha precisado el CE que la liquidación unilateral es un poder excepcional y que, por tanto, no tiene aplicación en contratos interadministrativos: “*En el ordenamiento legal aparece una restricción en los contratos o convenios interadministrativos para la utilización de poderes excepcionales y con estos el de liquidar unilateralmente el contrato porque tanto el contratante como el contratista son sujetos públicos*” (SCA, Secc. 3ra, S. 20/05/04, Rad. 11001-03-26-000-2003-00028-01(25154) También ha indicado, sin referirse expresamente su criterio anterior, que en ese tipo de acuerdos no existe restricción alguna para la liquidación unilateral: “*Y esto es así aún en el caso de los contratos interadministrativos, pues la liquidación unilateral del contrato es una facultad legal pero no de aquellas que implican el ejercicio de una potestad exorbitante ya que la Ley 80 de 1993 en ninguna parte la enlista como tal*” (SCA, Secc. 3ra, Sub. C, S. 16/03/15, Rad. 52001-23-31-000-2003-00665-01(32797)

directrices, puede desconocer la normativa con fuerza de ley²⁸ o no justificar -de manera suficiente- sus declaraciones²⁹.

Constatada esa realidad de incertidumbre³⁰, es del interés de esta tesis investigar si, dentro de tal estructura jurídica tan compleja y en la cual existen infinidad de interpretaciones, es factible situar un problema concreto mediante el cual -a partir de su estudio y solución- se reoriente el régimen del cual hace parte y,

²⁸ En el *Manual de la Modalidad de Selección de Mínima Cuantía* (2014) sostiene: “La adquisición al amparo de un Acuerdo Marco de Precios es la norma particular para la adquisición de Bienes y Servicios de Características Técnicas Uniformes; en consecuencia, cuando existe un Acuerdo Marco de Precios para la adquisición de este tipo de bienes y servicios, la Entidad Estatal debe adquirirlos al amparo de este... Colombia Compra Eficiente considera que frente al conflicto de la aplicación de la modalidad de selección abreviada por la existencia de un Acuerdo Marco de Precios y la modalidad de selección de mínima cuantía, se debe decidir a favor de la adquisición al amparo del Acuerdo Marco de Precios” (p. 11), cuando la norma con fuerza de ley establece lo contrario, que la mínima cuantía prevalece sobre la selección abreviada: “La contratación cuyo valor no excede del 10 por ciento de la menor cuantía de la entidad **independientemente de su objeto**, se efectuará de conformidad con las siguientes reglas...” (L.1474/11, art. 94. Énfasis fuera del texto original)

²⁹ En el mismo Manual no fundamenta la siguiente manifestación: “...dado que las causales de contratación directa son especiales y expresas frente a otras modalidades de selección y que la contratación directa permite obtener una mayor economía en el trámite del Proceso de Contratación, en caso de concurrencia de la contratación directa y de la de mínima cuantía, la modalidad de selección aplicable es la de contratación directa” (p. 10)

³⁰ Que no es exclusiva del régimen de contratación pública; el Derecho no puede ser absoluto. Sin embargo, a diferencia de otros, éste es un ámbito muy significativo y cotidiano, por la ejecución de recursos públicos para la satisfacción de necesidades y protección del interés general.

conformemente, sistematizarlo con el fin de establecer un cuadro referencial para otorgar respuestas razonables a otros dilemas jurídicos que, sobre la misma materia, se susciten.

Se estima que, al formular un problema jurídico transversal sobre el derecho administrativo contractual y al establecer los criterios de respuesta, se podrá reconocer abiertamente el auténtico cimiento de ese régimen, por cuanto se arraiga en sus elementos substantivos que -ante las posiciones dogmáticas que generan- irradia a la mayoría de las instituciones que lo conforman; primordialmente, a la categoría del contrato estatal.

Pues bien, luego de verificar las inconsistencias del sistema, uno de los módulos que mejor expresa la incertidumbre y permite satisfacer la finalidad pretendida es el de la declaración de siniestros ante el incumplimiento, por parte del contratista, de sus obligaciones; el cual depende estrictamente de las garantías y éstas, a su vez, (i) se relacionan con todas las etapas de la gestión contractual de Estado, (ii) constituyen una cláusula o estipulación contractual, y (iii) su aprobación condiciona la ejecución del acuerdo. Para plantear el dilema en ese contorno, resulta necesario comprender sus características cardinales, como sigue.

Dentro de la actividad contractual del Estado, se hace primordial y es obligatorio (excepto en contratos de empréstito, en interadministrativos, en los de seguro, cuando el valor sea inferior al 10% de la menor cuantía de la entidad y en la contratación directa) amparar la seriedad de la propuesta y el cumplimiento de las obligaciones que para el contratista surgen del acuerdo de voluntades³¹. El

³¹ En concreto, los riesgos que se deben amparar, con ocasión de la ejecución de un contrato estatal y dependiendo de las obligaciones, prestaciones y naturaleza del respectivo acuerdo, son: (i) buen manejo y correcta inversión del anticipo o pago anticipado, (ii) cumplimiento del contrato, (iii) estabilidad de la obra, (iv) calidad del bien o servicio, (v) correcto funcionamiento de los equipos, (vi) pago de salarios,

fundamento de ello se encuentra en “*el deber de preservar los derechos que para las entidades públicas emergen con motivo de las operaciones contractuales, que se vinculan necesariamente con la defensa del patrimonio público*”³².

Para el cumplimiento de la supradicha obligación, la normativa colombiana³³ permite a los contratistas del Estado amparar los riesgos mediante pólizas expedidas por compañías de seguros, garantía bancaria y patrimonio autónomo. Cualquiera de esas coberturas debe mantener su vigencia hasta la liquidación del contrato estatal y la prolongación de sus efectos, esto es, se debe ajustar a los límites, existencia y extensión del respectivo riesgo. Igualmente, ante la adición en valor o en tiempo del contrato, la vigencia de la garantía debe ampliarse o prorrogarse. En la práctica, el mecanismo de amparo más empleado es el primero de los mencionados.

Asimismo, en acatamiento de ese postulado de defensa del patrimonio público, las entidades estatales contratantes tienen, entre otras, las siguientes obligaciones: (i) exigirles al contratista y a su garante la ejecución idónea y oportuna del objeto contractual, (ii) adelantar revisiones periódicas (cada seis meses, por lo menos, durante el término de vigencia de las garantía) de las obras ejecutadas, servicios prestados o bienes suministrados, para verificar que ellos cumplan con las condiciones de calidad ofrecidas por los contratistas, y (iii) promover las acciones de responsabilidad contra éstos y sus garantes cuando esas condiciones no se verifiquen, así como adelantar las gestiones necesarias para el reconocimiento y cobro de las sanciones pecuniarias y demás garantías a que haya lugar³⁴.

prestaciones sociales e indemnizaciones, y (vii) la responsabilidad civil extracontractual frente a terceros en que incurra el contratista.

³² CCC, S C-452/99.

³³ L.80/93, L.1150/07 y D.1082/15.

³⁴ L.80/93, art. 4.

En ese sentido, si la entidad contratante encuentra, al efectuar la verificación periódica de las obras ejecutadas, servicios prestados o bienes suministrados por sus contratistas, que se presentan fallas de calidad o estabilidad, tiene la obligación -constitucional y legal- no sólo de requerir al respectivo contratista responsable y a su garante, sino además de emprender las acciones administrativas y/o judiciales contra ellos, para obtener la correspondiente reparación. El anterior concepto no encuentra oposición alguna, sin embargo, su ejercicio, en lo relacionado con la facultad de la administración pública de declarar unilateralmente incumplimientos y siniestros y hacer efectivos los amparos, sí. Ello porque existen serios vacíos normativos en su regulación, lo que provoca, por ejemplo, la reticencia de los contratistas y sus garantes (compañías aseguradoras) en reconocer esa prerrogativa y el indebido desarrollo que las entidades hacen de ella.

En efecto, pocas normas y de manera no integral tratan expresamente sobre dicha facultad que poseen las entidades estatales de declaratoria unilateral de siniestros: L.80/93, inc. final del art. 18, y L.1150/07, inc. 4 del art. 7. La primera de las normas citadas determina que: *“La declaratoria de caducidad será constitutiva del siniestro de incumplimiento”*. Por su parte, la segunda establece: *“El acaecimiento del siniestro que amparan las garantías será comunicado por la entidad pública al respectivo asegurador mediante la notificación del acto administrativo que así lo declare”*.

A su vez, el D.1082/15, en su art. 2.2.1.2.3.1.19., señala que las entidad estatales deben hacer efectivas las garantías a través de acto administrativo, que constituirá el siniestro si se declara la caducidad del contrato o se imponen multas y, cuando se determine otro incumplimiento, el acto será la reclamación para la compañía de seguros.

Como se observa, la normativa que rige la materia no establece disposiciones sustanciales que deben orientar esa actuación administrativa. Ello, además de

inseguridad jurídica, genera -como ya se mencionó- inconvenientes relacionados con el debido proceso, el derecho de defensa, la improcedente declaración de siniestros, la ausencia de determinarlo cuando es factible, etc.

Por su parte, el CE, máximo tribunal de la jurisdicción de lo contencioso administrativo, se ha circunscrito -en términos generales- a reconocer la facultad de la administración pública de declarar, de forma unilateral, el siniestro y de exigir de manera directa el pago del seguro, sin la intervención del juez del contrato. Ha expuesto este tribunal: *“Es en el privilegio de la decisión previa ejecutividad (autotutela administrativa) que ostenta la administración en todas sus relaciones jurídicas de donde deriva la potestad de declarar unilateralmente el incumplimiento de las obligaciones del contratista y de ordenar la efectividad de las garantías, sin la aquiescencia previa del asegurador y sin necesidad de acudir al juez del contrato mediante la expedición de un acto administrativo, con lo que técnicamente se configura el siniestro”*³⁵.

Aunado a lo anterior, es preciso anotar que el tema no ha sido estudiado ni abordado con precisión por las autoridades administrativas, así como tampoco por los juristas nacionales, toda vez que la labor de seguimiento a los contratos públicos, como lo expresa José Alejandro Rico Olaya, es *“de difícil implantación por parte de las Entidades Estatales. De una parte por los costos administrativos que esta actividad conlleva, y de otro por la falta de conocimiento especializado en materias técnicas y jurídicas de la que adolecen las mismas*. Por ello, siguiendo al mismo conferencista, *“es frecuente aún encontrar posiciones encontradas tanto en aspectos eminentemente técnicos, como en posiciones jurídicas, incluidos, claro*

³⁵ CE, SCA, Secc. 3ra, S 24/05/01, Rad. 25000-23-26-000-1994-0296-01(13598) Ver, de la misma corporación judicial, S 10/07/97, Rad. 986; S 20/08/97, Rad. 12086; S 03/05/01, Rad. 25000-23-26-000-1993-8948-01(12724); y S 14/04/05, Rad. 05001-23-31-000-1994-00297-01(13599)



*está, los diferentes pronunciamientos jurisprudenciales de las altas cortes, y para el caso concreto, del Consejo de Estado*³⁶.

Hasta aquí, es posible afirmar que en Colombia no existe una regulación completa, clara y congruente sobre la potestad para la declaración unilateral de siniestros dentro de la contratación pública, que permita adoptar soluciones razonables, coherentes y justificadas. Simplemente, se reconoce esa facultad que ostentan las entidades estatales contratantes. Recientemente, se ha manifestado:

*“La garantía constituida a través póliza de seguro debería ser más coherente con la naturaleza y características del contrato de seguro regulado por el Código de Comercio, pues, el régimen de garantías de la contratación estatal es confuso y no brinda toda la seguridad jurídica que debería albergar un tema tan trascendental por su estrecha relación con el cumplimiento de los fines estatales que se concretan en la correcta ejecución del objeto contractual. Aunado a ello, también han sido desafortunados varios pronunciamientos de las altas cortes, lo cual genera confusión y desfavorece el trabajo de las entidades estatales, para quienes, en estas condiciones, se dificulta hacer efectivas las garantías*³⁷.

De allí que, reconociendo la existencia del contexto descrito y consumando lo anunciado de formular en él un dilema jurídico, resulta apropiado examinar si -a partir de la normativa vigente (principalmente, la CPol., el EGCAP y disposiciones complementarias) y las discusiones que se presencian en la doctrina y la

³⁶ RICO OLAYA, José Alejandro, *Aspectos Legales en el Seguimiento a los Contratos de Obra Pública*, Ponencia presentada en el XV Simposio Colombiano Sobre Ingeniería de Pavimentos, Cundinamarca, 2005.

³⁷ SOTELO ROJAS, Sandra Patricia, *La participación del garante en el procedimiento sancionatorio contractual y en las declaratorias de incumplimiento: una obligación incoherente*, Revista Verba Iuris No. 29, Universidad Libre de Colombia, Bogotá, 2013, p. 176.

jurisprudencia- la declaración de siniestros en la contratación pública colombiana, como potestad unilateral (o exorbitancia) de la entidad pública frente al particular, obtiene fundamento en las relaciones actuales de poder entre el Estado y sus asociados. Es prominente esa proposición porque, si bien se ha decantado que los entes gubernamentales -en su actividad contractual- están dotados de la *autotutela* administrativa, no se ha revisado aquella prerrogativa de forma holista y sistemática.

La hipótesis a proclamar, en concreto, determina que, a pesar del desconcierto que produce -en términos generales- la normativa sobre contratación pública, es factible erigir una interpretación armónica del derecho colombiano (de raigambre constitucional, legal y reglamentario) que permita comprender esa medida de declaratoria de siniestros y que conduzca a una aplicación asertiva, siempre que se soporte en el reconocimiento expreso de los fines del Estado, lo cual -a su vez- orientará la definición y aplicación de otras instituciones que conforman este régimen, como el propio contrato, su clausulado y las diferentes potestades que se derivan de aquél.

Con ese propósito, se hace indispensable, en función del problema planteado, perfeccionar un estudio sistémico sobre la normativa (sustancial, procedimental, de derecho público y privado) que rige la materia de los siniestros: el contrato y sus garantías. Esto es, construir -desde sus bases y fines- esos tópicos para distinguirlos dentro de (o como) un verdadero sistema. De manera específica, ello demandará -esencialmente:

- (i) Comprobar la finalidad de las denominadas garantías patrimoniales en la gestión contractual de la entidades públicas;
- (ii) Profundizar en el régimen del contrato estatal, para fijar allí la naturaleza de esas garantías, especialmente, como cláusula y potestad;

- (iii) Escutar, con suficiencia, la principal forma que adoptan las garantías: el contrato privado de seguro, expresado -a su vez- en una póliza; y
- (iv) Examinar las condiciones específicas de aplicación o efectividad de la correspondiente póliza de seguros, ante el incumplimiento del contratista.

Para ello debe acudir, por la ubicación en una ciencia social, a la metodología cualitativa³⁸, particularmente, a la investigación dogmática, para -con una tarea de “*lege lata*”- a partir de la descripción de forma sistemática de la problemática específica y, por conducto de la deducción, plantear soluciones prescriptivas. Aquí, entonces, se adopta el método indicado de la dogmática jurídica, bajo el entendido de que, como lo estima COURTIS, ella cumple “*ese doble papel, identifica el problema y propone soluciones adecuadas rechazando otras, todo partiendo desde el mismo ordenamiento normativo, muchos autores lo consideran una función creadora de la dogmática, que tiene como fin la reformulación del conjunto normativo*”³⁹.

Lo anterior sin renunciar al aspecto crítico que se corresponde con la propia dogmática, como técnica para el estudio del derecho. En términos de ATIENZA: “*Reconocer el carácter técnico de la jurisprudencia tiene, yo creo, efectos*

³⁸ DELGADO, José Manuel y GUTIÉRREZ FERNÁNDEZ, Juan (Coords.), *Métodos y Técnicas Cualitativas de Investigación Social*, Ed. Síntesis, Madrid, 1995. PÉREZ-SERRANO, Gloria, *Investigación Cualitativa*, Ed. La Muralla, Madrid, 1994. PONCE DE LEÓN ARMENTA, Luis, *La metodología de la investigación científica del derecho*, Revista de la Facultad de Derecho, No. 205-206, UNAM, México, 1996.

³⁹ COURTIS, Christian, *El Juego de los Juristas, ensayo de Caracterización de la Investigación Dogmática*, en COURTIS, Christian (Coord.), *Observar la Ley. Ensayos sobre metodología de la investigación jurídica*, Editorial Trotta, Madrid, 2006, p. 105.

beneficiosos, porque ayuda a plantear mejor una serie de cuestiones, incluyendo la de cómo debe elaborarse ese saber. Tiene, por ello, también un componente crítico -al que ya antes me he referido- ligado sobre todo a la posible conversión de esa técnica (o de algunos aspectos de la misma) en una tecnología. Esa es también, me parece, la manera de dar respuesta a la necesidad de conectar la dogmática con la ciencia: no empeñándose en descubrir en la ciencia elementos dogmáticos (lo que tiene poco recorrido), sino más bien mostrando de qué manera la dogmática jurídica podría beneficiarse utilizando (más bien que generando) conocimiento científico“⁴⁰.

De esta forma, la presente tesis se estructura (además de esta introducción y las conclusiones generales) en dos partes, cada una de ellas con dos capítulos (que contienen los respectivos exordios y corolarios). En la primera, se efectuará un estudio sobre los fundamentos y elementos del régimen jurídico de las garantías en la contratación pública colombiana y, en la segunda, se procederá a precisar la aplicación y eficacia de ese sistema.

Así, en el primer capítulo, se exteriorizará el soporte de esa normativa, así como su evolución y demás características, incluidas las clases de coberturas, los riesgos existentes en esta actividad del Estado, la suficiencia de los amparos, su constitución y una comparación con el derecho privado. En el segundo capítulo se delimitará la naturaleza de las garantías en el contrato estatal, para determinar si constituye una facultad ordinaria o excepcional de las entidades públicas. Para tal efecto, se fijará el régimen jurídico del contrato que celebran las entidades públicas sometidas al EGCAP, para analizar sus distintas cláusulas y cuestionar la teoría tradicional sobre las excepcionales y predicarla de las garantías.

⁴⁰ ATIENZA, Manuel, *La Dogmática Jurídica como Tecno-praxis*, en CARBONELL, Miguel, et al. (Coord.), *Estado Constitucional, Derechos Humanos, Justicia y Vida Universitaria*, Tomo IV, Volumen 1, UNAM, México, 2015, p. 190.



En el momento inicial de la segunda parte, se auscultará el instrumento de configuración por excelencia, esto es, el contrato privado de seguro. Su naturaleza, condiciones generales, modalidades de seguros, las exclusiones del seguro, la necesaria individualización de las partes y los rasgos distintivos cuando ingresa a la contratación pública. Por último, de manera previa a las conclusiones, se profundizará sobre la forma de aplicación, es decir, la siniestralidad de las pólizas y el debido proceso administrativo: la noción de siniestro, la causa para su configuración, la cuantificación de perjuicios y, entre otros aspectos, el trámite y ejecución.



PRIMERA PARTE
FUNDAMENTOS Y ELEMENTOS DEL RÉGIMEN JURÍDICO DE LAS
GARANTÍAS EN LA CONTRATACIÓN PÚBLICA COLOMBIANA



CAPÍTULO I

DE LA ESENCIA Y OBJETO DE LAS GARANTÍAS: PROTECCIÓN DE LOS RECURSOS PÚBLICOS ECONÓMICOS

la expansión de la acción estatal ha dinamizado el orden jurídico, ha sustituido la concepción estática de aquella acción (propia del Estado de Derecho, sobre la base del dualismo Estado-Sociedad) por otra dinámica (propia del Estado social, fundada en la imbricación de Estado y sociedad)

Luciano PAREJO ALFONSO⁴¹

Sumario: 1. La razón de ser de la cobertura de riesgos en la función administrativa contractual. 2. Origen y evolución de la protección de recursos por conducto de terceros a la relación contractual. 3. De los distintos instrumentos que permitirían resguardar la actividad contractual del Estado. 4. De los riesgos, en concreto, que deben ampararse en la gestión contractual de los entes públicos. 5. Suficiencia patrimonial y temporal de los diversos amparos precontractuales, contractuales y extracontractuales. 6. Algunas formalidades sobre la constitución, aplicación y división de las garantías contractuales. 7. Elementos principales a comparar con el régimen de las garantías contractuales entre particulares.

Exordio

Se proclama como relevante, para los objetivos trazados en este trabajo, situar -de manera inicial y a título de marco conceptual- el régimen general de las garantías o coberturas patrimoniales de los diferentes riesgos que se exteriorizan en la contratación pública colombiana, con el propósito de comprender su finalidad y objeto y, con fundamento en ello, evidenciar las múltiples particularidades que reúne, para -finalmente- compararlo con el derecho privado.

⁴¹ PAREJO ALFONSO, Luciano, *Crisis y Renovación en el Derecho Público*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1991, p. 44.



1. La razón de ser de la cobertura de riesgos en la función administrativa contractual

La contratación, como actividad administrativa del Estado, persigue -al igual que la realizada exclusivamente entre particulares- la satisfacción de intereses e implica, frecuentemente, la disposición de recursos económicos; que -en el ámbito objeto del presente estudio- son motivos generales y dineros públicos⁴².

De forma usual, esa disposición de recursos económicos se relaciona con el pago que la entidad pública contratante hace al contratista (sujeto de derecho privado o público), como contraprestación por el bien, obra o servicio que recibe⁴³. Ese desembolso monetario se efectúa, en algunos eventos, de manera anticipada a la entrega del producto esperado por el ente estatal contratante⁴⁴.

Por la satisfacción del interés general y, en concreto, por el cumplimiento del objeto contratado, la entidad -entonces- entrega dineros al ejecutor del proyecto, quien -de manera frecuente- es un particular. Sin embargo, por múltiples factores, el desarrollo del contrato y su resultado pueden verse alterados, impidiéndose el logro de esos fines perseguidos por el Estado. O -por lo menos- existe la posibilidad de que esa circunstancia negativa se presente.

El fracaso (real o eventual) del proyecto contratado puede ser de carácter total o parcial, bien porque no se ejecute el contrato, bien porque se ejecute sólo parte de él, ya porque se ejecute todo pero defectuosamente, ora porque se ejecute totalmente pero de manera extemporánea, bien porque surjan situaciones

⁴² CE, SCSC, Cpto. 20/05/10, Rad. 11001-03-06-000-2010-00034-00(1992)

⁴³ EGCAP, L.1150/07, art. 19.

⁴⁴ EGCAP, L.80/93, art. 40, par.

secundarias que entorpezcan su ejecución, como el no pago de los salarios al personal que tiene a su cargo del contratista⁴⁵.

La ocurrencia de esas vicisitudes puede encontrar su causa en acciones u omisiones tanto de la entidad contratante como del contratista. En efecto, la falta de ejecución del contrato puede obedecer, por ejemplo, al no cumplimiento por parte del contratante de la forma de pago⁴⁶ o puede presentarse por el abandono del desarrollo del objeto contractual, en cabeza del contratista⁴⁷.

Para evitar o contrarrestar ese escenario negativo, que -sin hesitación alguna- altera el normal funcionamiento del Estado, el ordenamiento jurídico ha establecido distintos mecanismos. Entre ellos, impone a las entidades estatales la obligación de adelantar, de manera previa a la contratación, los estudios necesarios y detallados para determinar la necesidad, conveniencia y oportunidad de la celebración y ejecución del contrato⁴⁸.

Además, para cumplir con esa debida planeación, la entidad debe establecer -con precisión- el objeto a contratar, su valor (aproximado), el plazo (aproximado) de ejecución, el tipo de contrato a celebrar, el fundamento jurídico de la modalidad a través de la cual seleccionará al contratista, los requisitos que deben satisfacer

⁴⁵ CE, SCA, Secc. 3ra, S 01/03/06, Rad. 66001-23-31-000-1997-03801-01(15898)

⁴⁶ ECGAP, L.80/93, art. 25, num. 14.

⁴⁷ *Ibídem*, art. 18.

⁴⁸ SAFAR DÍAZ, Mónica Sofía, Análisis económico de los procedimientos de selección de contratistas del Estado en el derecho colombiano: hacia un mecanismo eficiente y transparente, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2009. ECGAP, L.1150/07, art. 8, y D.1082/15, arts. 2.2.1.1.1.6.1. y 2.2.1.1.2.1.1. CCE, *Guía para la elaboración de estudios del sector*, 2014.

quienes pretendan ser contratados y las reglas o factores con base en los que se efectuará esa selección⁴⁹.

Igualmente, sólo podrán abrir el proceso de selección del contratista cuando dispongan de los recursos económicos suficientes para sufragar los gastos del proyecto, incluidos los posibles reajustes al valor del contrato. Para ello, en consecuencia, deben -de manera previa al inicio del proceso de selección- certificar la disponibilidad de esos recursos y, una vez suscrito el contrato, afectarlos a la ejecución de él, mediante el registro presupuestal⁵⁰.

Todo ello permite, entonces, estructurar de manera adecuada el proceso de contratación y proteger su desarrollo, toda vez que -entre otros aspectos- conlleva a seleccionar al contratista más idóneo (con experiencia, capacidad financiera y de organización suficientes para asumir el objeto contractual⁵¹) y a la oferta más favorable (desde el punto de vista técnico -o de calidad- y económico⁵²), así como

⁴⁹ EXPÓSITO VÉLEZ, Juan Carlos, *La Configuración del Contrato de la Administración Pública en Derecho Colombiano y Español, Análisis de la Selección de Contratistas*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2003. ESTRADA, Juan Pablo, *Los Nuevos Criterios de Selección Objetiva de los Contratistas del Estado*, en BENAVIDES, José Luis y SANTOFIMIO, Jaime Orlando, *X Jornadas de Derecho Administrativo. Incertidumbre en la Contratación Estatal*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2010. EGCAP, L.80/93 y L.1150/07, y D.1082/15.

⁵⁰ EGCAP, L.80/93, art. 25, num. 6.

⁵¹ CE, SCA, Secc. 3ra, S 26/01/11, Rad.: 11001-03-26-000-2009-00018-00 (36408) CCE, *Manual para determinar y verificar los requisitos habilitantes en los procesos de contratación*, 2014. EGCAP, L.1150/07, art. 5, num. 1, y D.1082/15, arts. 2.2.1.1.1. y 2.2.1.1.1.6.2.

⁵² RAMÍREZ RUSINQUE, Iván Alirio, *Menor valor: ¿oferta más favorable?*, Revista Digital de Derecho Administrativo N° 11, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2014, pp. 211-253, disponible en

disponer de los recursos económicos suficientes para llevar a feliz término el proyecto que persigue el Estado.

A su vez, y con el mismo propósito, es necesario que la entidad contratante prevea los riesgos que puedan presentarse durante la ejecución del contrato, con el objeto de tipificarlos, cuantificarlos y asignarlos a cada una de las partes del futuro acuerdo de voluntades (de conformidad con la generación, participación, exposición y capacidad de resistirlo), y -en consecuencia- evitar discusiones o controversias alrededor de la responsabilidad durante el desarrollo del contrato, que conduzcan a su paralización⁵³.

Otro mecanismo para oponerse al fracaso del proyecto estatal, ejecutado -mediante un contrato- por una persona ajena a la entidad, se encuentra en la etapa de su ejecución. Me refiero a las cláusulas excepcionales al derecho ordinario que debe

<http://revistas.uexternado.edu.co/index.php/Deradm/article/view/3832/4025>.

L.1150/07, art. 5, num. 2 (modificado por el art. 88 de la L.1474/11) y D.1082/15, art. 2.2.1.1.2.2.2.

⁵³ BENAVIDES, José Luis, Riesgos Contractuales, en BENAVIDES, José Luis y SANTOFIMIO, Jaime Orlando (Comps.), Contratación Estatal, Estudios sobre la reforma del Estatuto Contractual, Ley 1150 de 2007, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2009. BECERRA SALAZAR, Álvaro Darío, Los riesgos en la Contratación Estatal, Editorial Leyer, Bogotá, 2008. URIBE TOBÓN, Evamaría, La Valoración del Riesgo en la Contratación Administrativa: una visión desde la economía, en VIVEROS, Felipe (comp.), Reforma al Régimen de Contratación Estatal, Universidad de los Andes, Bogotá, 2010. FONSECA PRADA, Eduardo, La Asignación o Distribución de Riesgos en la Contratación de Obras Públicas, Revista de Derecho Público, N. 14, junio de 2002, Universidad de Los Andes, Bogotá. Ver EGCAP, L.1150/07, art. 4, y D.1082/15, art. 2.2.1.1.1.6.3. A su vez, consultar Documento CONPES 3714 de 2011, *del Riesgo Previsible en el marco de la política de contratación pública* y CCE, *Manual para la Identificación y Cobertura del Riesgo*, 2013.



ejercitar la entidad contratante, específicamente, relacionadas con la caducidad, interpretación unilateral, modificación unilateral, terminación unilateral⁵⁴. Por conducto de ellas se evita la paralización del contrato o, según el caso, se reconduce el desarrollo del proyecto.

Asimismo, es permitido -desde la faceta de la entidad contratante- que los recursos económicos asignados para pagar el costo del proyecto, ejecutado mediante el contrato, sean administrados por una institución fiduciaria, con la finalidad de efectuar -de manera oportuna- el correspondiente pago al contratista y -de paso- obtener rendimientos financieros⁵⁵. Sobre la misma materia, pero de manera obligatoria, en los contratos de obra, concesión, salud (salvo que sean de menor o mínima cuantía) o los que surjan de licitaciones públicas, al contratista le corresponde constituir una fiducia o un patrimonio autónomo irrevocable para el manejo de los recursos que reciba como anticipo⁵⁶.

Por otra parte, en cuanto a la actuación del contratista, esto es, frente a los incumplimientos (totales o parciales) en que incurra, se han establecido -a su vez- diferentes mecanismos, ya no para contrarrestar su acaecimiento, sino para subsanar la situación o castigar la infracción, adicionales al -eventual- control judicial

⁵⁴ PALACIO JARAMILLO, María Teresa, Cláusulas Excepcionales, Revista de Derecho Público N°17, Universidad de los Andes, Bogotá, 2004. OSORIO MORENO, Néstor David, *Las cláusulas excepcionales en la actividad contractual de la administración pública: ¿Autonomía de la voluntad o imposición del legislador?*, Revista de Derecho Administrativo, No. 10, Universidad Externado de Colombia, 2013. EGCAP, L.80/93, arts. 14 a 18.

⁵⁵ EGCAP, L.80/93, art. 25, num. 20.

⁵⁶ MÁRQUEZ VARGAS, Milena, *La Fiducia en el Manejo de Recursos de Anticipos en los Contratos Estatales*, Revista de Derecho Privado No. 52, Universidad de los Andes, Bogotá, 2014. L.1474/11, art. 91. CCE, *Guía para el manejo de anticipos mediante contrato de fiducia mercantil irrevocable*, 2014.

que se promueva, a instancia de la entidad contratante, para juzgar la responsabilidad contractual del contratista y obtener -si es del caso- la consecuente reparación patrimonial por los perjuicios recibidos.

Esos mecanismos adicionales se circunscriben a las multas y a la cláusula penal pecuniaria que, con fundamento en la autonomía de la voluntad, pueden ser pactadas en favor de la entidad contratante. La primera estipulación como medida para conminar al contratista a cumplir con sus obligaciones y la segunda como estimación anticipada de perjuicios, las cuales deberán hacerse efectivas directamente por la entidad, bien acudiendo a la compensación de las sumas adeudadas al contratista, al cobro de la garantía o al cobro mediante jurisdicción coactiva, entre otros⁵⁷.

Ahora bien, a pesar de la implementación de todos esos instrumentos, éstos resultan precarios o, por lo menos, insuficientes para evitar los inconvenientes en la ejecución de los contratos estatales. En efecto, ante la multiplicidad de vicisitudes que se generan durante el desarrollo de un proyecto estatal, es inevitable que se presenten algunas de las circunstancias reseñadas *supra*, que lo alteran.

Ante ese contexto, el mecanismo idóneo de protección del patrimonio público en los eventos de incumplimiento del oferente o contratista es la denominada *garantía de cumplimiento*⁵⁸. El fundamento de las garantías en la contratación pública

⁵⁷ SUÁREZ TAMAYO, David, Cláusula de Multas y Penal Pecuniaria, Librería Jurídica Sánchez & Centro de Estudios de Derecho Administrativo -CEDA, Medellín 2014. ARIZA MORENO, Weimar, La Cláusula de Multas en la Contratación Estatal, Revista de Derecho Público No. 11, Universidad de los Andes, Bogotá, 2000. EGCAP, L.1150/07, art. 17.

⁵⁸ ORDÓÑEZ ORDÓÑEZ, Andrés, El Seguro de Cumplimiento de Contratos Estatales en Colombia, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2011. NARVÁEZ BONNET, Jorge Eduardo, Régimen Vigente de la Garantía Única en la Contratación



colombiana, entonces, se encuentra en el interés general, en la defensa del patrimonio público, que de otra forma se verían amenazados si no existiesen.

Las garantías son irrevocables una vez se pactan en el contrato, y la cláusula que las estipula constituye norma de orden público, es decir, de obligatorio cumplimiento, sin que pueda eludirse porque persigue fines generales. El Consejo de Estado colombiano, máximo tribunal de la jurisdicción contencioso administrativa y cuerpo consultivo del Estado, ha expresado, con respecto a dichas garantías:

“La cláusula de garantía incorporada en los contratos estatales es de orden público y le confiere al contrato de seguro un elemento diferencial de aquellos contratos suscritos en interés particular, pues constituye un mecanismo de protección del fin pretendido por la contratación estatal como es la satisfacción del interés general, fin que tiene como una de sus facetas la protección del patrimonio público. El contrato de seguro constituye un contrato que colabora en el desempeño de la función pública, primero porque asegura la ejecución oportuna del objeto contractual y segundo, porque protege el patrimonio estatal del daño derivado de un cumplimiento tardío o de un incumplimiento definitivo por parte del contratista. La garantía otorgada frente a los contratos estatales, contiene un elemento sustancialmente diferente frente a lo que ocurre en el contrato de seguro celebrado entre particulares, puesto que, en los primeros por disposición legal se entenderá vigente hasta la liquidación del contrato garantizado y la prolongación de sus efectos y, no expirará por falta de pago de la prima. Esto significa que una vez constituida la garantía es irrevocable por el contratista y tratándose de mora en el pago de la prima, la compañía de seguros no podrá alegarla como excepción frente a la entidad estatal para abstenerse de efectuar, por el contrario deberá reconocer el monto

Estatal en Colombia, Revista Ibero-Latinoamericana de Seguros Vol. 23, No. 40, Universidad Javeriana, Bogotá, 2014, pp. 79-130. CCE, *Guía para el Manejo de Garantías en Procesos de Contratación*, 2014.

*asegurado (Nal. 19 art. 25 de la Ley 80 de 1993). En cambio, en los segundos la mora en el pago de la prima de la póliza producirá la terminación automática del contrato*⁵⁹.

Las garantías en la contratación pública buscan proteger al Estado de sufrir lesiones económicas por los riesgos e incumplimientos que puedan presentarse, por parte del contratista. Así, una de las razones de la existencia de las mencionadas garantías, radica en la necesidad de satisfacer los intereses de los administrados.

Las garantías en la contratación pública, pues, se explican por el propósito de proteger el patrimonio público, y por asegurar que se cumplan los fines de la administración al contratar, o que si no pueden cumplirse, no se genere un daño a las arcas del Estado. El contrato estatal (de derecho público) está estrechamente unido al contrato de seguro (de derecho privado), y no puede prescindirse de él, porque se pondría en riesgo el patrimonio público.

Además, en cuanto al fundamento normativo inmediato, las garantías en la contratación pública colombiana se apoyan en la CPol. y la Ley. En la Constitución porque ella establece los fines de la función administrativa y la protección del patrimonio público⁶⁰, y en la L.1150/07⁶¹, que impone al contratista la obligación de prestar garantía para el cumplimiento del contrato.

Entre los principios que instituye la CPol., se encuentran los de economía, igualdad y transparencia, que también están recogidos en el EGCAP. De esta manera, entonces, el principio de economía se aplica cuando se solicitan las garantías al oferente y al contratista, por cuanto de no efectuarse la entidad estatal tendría que

⁵⁹ CE, SCA, Secc. 3ra, A 20/11/03, Rad. 25000-23-26-000-1999-01898-01(19929)

⁶⁰ Art. 209.

⁶¹ Art. 7.



asumir con su presupuesto los daños que el contratista cause al propio Estado y a terceros.

Bajo el principio de igualdad, se exige a todos los oferentes y contratistas la constitución de las respectivas garantías. Esto es, no puede exigirse a un contratista la constitución de dichas garantías y a otro no, con relación a un mismo tipo de contrato estatal. De la misma forma, a todos los contratistas debe exigírsele el cumplimiento de sus obligaciones durante el desarrollo y ejecución del objeto contractual, y cuando se presente incumplimiento de éstos debe hacerse efectiva la garantía, entre otras medidas, para obtener la reparación del perjuicio.

La igualdad se debe observar tanto en la etapa precontractual como en la contractual, e implica que todos los oferentes y contratistas tengan los mismos derechos, oportunidades y que no sean discriminados. Con todo, es admisible un trato diferenciado, en cuanto a la experiencia específica, la seriedad de las propuestas, el cumplimiento de los requerimientos técnicos, la capacidad administrativa y la capacidad patrimonial necesaria, entre otros aspectos, para constituir las garantías. La igualdad se refiere en este caso a la no discriminación por razones ajenas al cumplimiento de los requisitos técnicos y patrimoniales que exige la suscripción y ejecución de esta clase de contratos, donde se involucra el tesoro público. Así lo ha expresado la Corte Constitucional colombiana:

“El legislador goza en este caso de un amplio poder discrecional para configurar la norma jurídica en punto a las garantías contractuales, porque la satisfacción de los intereses públicos y sociales que implica el cumplimiento de los objetos contractuales y la consecuente protección del patrimonio público, determinan que aquél pueda diseñar el tipo de garantía que juzgue mas conveniente para la protección de los referidos intereses. No cualquier persona o empresa puede ofrecer las características y seguridades mencionadas. Por lo tanto, no puede admitirse, invocando el principio de

*igualdad, que cualquier interesado esté en condiciones de asumir el amparo de riesgos, generalmente muy cuantiosos, sin poseer un respaldo patrimonial y técnico suficientes, y la idoneidad profesional que surge como resultado de la especialización en el manejo de tales riesgos*⁶².

De la misma forma, en materia de constitución y exigencia de garantías se observa el principio de transparencia, por cuanto los procesos de selección de contratistas y la ejecución del contrato estatal, deben observarlo, siendo claras las reglas y ajustadas a la Constitución y la Ley sobre los montos y vigencias de los amparos.

Ya de manera concreta, la L.1150/07 insta la obligatoriedad de la garantía única de cumplimiento para los contratistas, con el fin de asegurar la seriedad del ofrecimiento y el cumplimiento de las obligaciones contractuales. Así, esta ley consagra lo siguiente:

“DE LAS GARANTÍAS EN LA CONTRATACIÓN. Los contratistas prestarán garantía única para el cumplimiento de las obligaciones surgidas del contrato. Los proponentes prestarán garantía de seriedad de los ofrecimientos hechos.

*Las garantías consistirán en pólizas expedidas por compañías de seguros legalmente autorizadas para funcionar en Colombia, en garantías bancarias y en general, en los demás mecanismos de cobertura del riesgo autorizados por el reglamento para el efecto*⁶³.

En ese orden de ideas, las normas y criterios específicos a los que se deben someter las entidades públicas, en cuanto a la exigencia de las garantías para el

⁶² CCC, S C-154/96.

⁶³ Art. 7.

cumplimiento de las obligaciones contractuales, así como de las propuestas, son fijadas por el Gobierno Nacional, según lo dispone la propia ley:

“El Gobierno Nacional señalará los criterios que seguirán las entidades para la exigencia de garantías, las clases y niveles de amparo de los riesgos de los contratos, así como los casos en que por las características y complejidad del contrato a celebrar, la garantía pueda ser dividida teniendo en cuenta las etapas o riesgos relativos a la ejecución del respectivo contrato”⁶⁴.

Así, el D.1082/15, instituye que la garantía única tiene como fin asegurar el cumplimiento de las obligaciones del contratista frente a las entidades públicas y cubrir los riesgos a los cuales éstas se encuentran expuestas, con ocasión de la presentación de la oferta y la celebración, ejecución y liquidación del contrato⁶⁵.

Las garantías que se exigen en los contratos estatales, también obedecen a principios como la previsibilidad y la planeación. A decir verdad, la administración debe estudiar, estimar y cuantificar los riesgos que puede correr al suscribir el respectivo contrato y durante su ejecución, así como en la etapa precontractual. Dichos riesgos, como se ha sostenido, no sólo afectan el interés de la entidad contratante, sino que lesionan el patrimonio público. Es por ello que las actuaciones de la administración en materia de contratación pública, deben ajustarse a este principio, pues de lo contrario se podría ver afectado su desempeño, el cual debe ser reglado, tener en cuenta normas y principios y teniendo como fin favorecer el interés general:

“La base conceptual de la previsibilidad de los negocios públicos hace vinculante e imperativo sujetar la actividad previa de las administraciones públicas relacionada con la estructuración de los negocios estatales a reglas

⁶⁴ *Ibidem.*

⁶⁵ Art. 2.2.1.2.3.1.1.

estrictas de planeación con el único fin de hacer de la estructuración del negocio público un ámbito permanente e indiscutible de conjugación de la más variada actuación administrativa, tendiente a determinar el contenido del contrato, esto es, un ámbito de acción discrecional sometida a criterios restrictivos de la arbitrariedad, en cuanto escenario adecuado para la materialización de principios como los de planeación, ponderación y proporcionalidad, a partir de los cuales se definen en aras de los intereses públicos, el carácter recíproco del mismo, y sobre todo, la certeza objetiva de la conmutatividad de la relación, resulta consecuente entonces entender que todo este proceso se materializa y cumple en cuanto a la estructuración de todo negocio conmutativo del Estado lo orienta y determina el principio de la previsibilidad”⁶⁶.

Visto así este punto, las garantías de cumplimiento guardan relación con el equilibrio contractual o la conmutatividad de los negocios jurídicos, pues aseguran que la administración no termine respondiendo por el incumplimiento del oferente o contratista cuando éste se haya producido por su acción u omisión, como tampoco tendrá que responder por los perjuicios que éstos causen a terceros.

Las garantías de cumplimiento, entonces, tienen su razón de ser principalmente en el interés público, en la defensa del patrimonio de los contribuyentes y ciudadanos en general, para cuyo beneficio se contratan las obras o servicios y se ejecutan. Las normas reflejan dicho principio al establecer la obligatoriedad de las garantías. El espíritu de la Constitución y la ley, al consagrarlas y fijar sus parámetros, es la

⁶⁶ SANTOFIMIO GAMBOA, Jaime Orlando, El Contrato de Concesión de Servicios Públicos. Coherencia con los Postulados del Estado Social y Democrático de Derecho en aras de su Estructuración en Función de los Intereses Públicos, Tesis Doctoral, Facultad de Derecho y Ciencias Jurídicas, Departamento de Derecho Público del Estado, Área de Derecho Administrativo, Universidad Carlos III de Madrid, 2010, pp. 368-369.

protección del referido patrimonio público, y la satisfacción de las necesidades de los ciudadanos, para lo cual se estipulan estas garantías, con el fin de asegurar, en lo posible, el cumplimiento de las obligaciones del contratista y que éste desarrolle y ejecute el objeto contractual para que entregue la obra o servicio en forma oportuna, eficiente y guardando las calidades exigidas.

2. Origen y evolución de la protección de recursos por conducto de terceros a la relación contractual

Las garantías en el régimen colombiano de contratación pública, como mecanismo de cobertura de los riesgos a los cuales se encuentran expuestas las entidades públicas contratantes, encuentran un referente inmediato en el derecho privado⁶⁷. En efecto, en esta materia, el Legislador y el Gobierno Nacional (éste en cumplimiento de su potestad reglamentaria) acuden a los mecanismos previstos para amparar las relaciones contractuales entre particulares⁶⁸, estableciendo determinadas especificidades o diferencias, valorando el objetivo principal que se persigue, esto es, la protección del patrimonio público, según lo indicado en el anterior acápite.

Así, su génesis y estructura se verifican en el derecho privado, correspondiéndonos analizar el origen y evolución de su exigencia u obligatoriedad en la contratación pública. El D.150/76⁶⁹ (por el cual se dictaron normas para la celebración de contratos por parte de la Nación y sus entidades descentralizadas) estableció la obligatoriedad de las garantías en la contratación pública.

El citado Decreto Ley -con relación a la institución en comento- dispuso:

⁶⁷ DÍAZ-GRANADOS ORTIZ, Juan Manuel, Los Seguros en el Nuevo Régimen de Contratación Administrativa, Bogotá, Colombo Editores, 1995, p. 45 y ss.

⁶⁸ D.1082/15, art. 2.2.1.2.3.1.1.

⁶⁹ Derogado por el D.222/83, art. 301.



- (i) exigirla, como prenda de seriedad, para la presentación de la propuesta⁷⁰;
- (ii) devolverla a los proponentes no favorecidos con la adjudicación del contrato y, una vez se encuentre perfeccionado éste, al adjudicatario⁷¹;
- (iii) establecer su constitución (por parte del contratista) y su aprobación (dada por la entidad) como requisito para la perfección del contrato⁷²;
- (iv) como finalidad de ésta, garantizar el cumplimiento de las obligaciones a cargo del contratista, relacionadas con los anticipos, la estabilidad de la obra, la calidad del servicio, el pago de los salarios y prestaciones sociales y el correcto funcionamiento de los equipos⁷³;
- (v) la entidad contratante, tenía la facultad de determinar la cuantía y término (no inferior al de ejecución y liquidación del contrato) de las garantías, siempre sometida a la respectiva reglamentación, que le correspondía expedir a la Contraloría General de la República⁷⁴;
- (vi) las garantías consistían en fianzas de bancos o de compañías de seguros, cuyas pólizas matrices debían ser aprobadas por la Contraloría General de la República⁷⁵;
- (vii) los contratos de garantía formaban parte integrante del contrato amparado⁷⁶;

⁷⁰ Art. 22, num. 2, lit. f.

⁷¹ Art. 29.

⁷² Arts. 17, lit. f, 36, 39 y 55.

⁷³ Art. 55.

⁷⁴ Art. 57.

⁷⁵ Art. 58.

⁷⁶ *Ibidem*.

(viii) la no consagración expresa de cláusula de garantías, no eximía al contratista de constituirlos⁷⁷;

(ix) si el contratista no constituía las garantías, la entidad debía dar por terminado el contrato en el estado en que se encontraba⁷⁸.

(x) el monto de la garantía se debía reponer cada vez que se disminuyera o agotara, en atención a las multas impuestas⁷⁹;

(xi) ante la modificación del contrato, se debía adicionar y prorrogar⁸⁰; y

(xii) no se exigía en los contratos de arrendamiento, empréstitos e interadministrativos⁸¹.

Posteriormente, el D.222/83⁸² (por el cual se dictaron normas sobre los contratos de la Nación y sus entidades descentralizadas) mantuvo la institución de las garantías en la contratación pública, reiterando varias de las disposiciones que, sobre esta materia, consagró el D.150/76.

⁷⁷ Art. 56.

⁷⁸ *Ibídem*.

⁷⁹ Art. 59.

⁸⁰ Art. 45.

⁸¹ Arts. 55 y 178.

⁸² Derogado por el EGCAP, L.80/93, art. 81, excepto los arts. 108 a 113 (sobre ocupación y adquisición de inmuebles e imposición de servidumbres)

Se reitera su finalidad en el caso de presentación de propuestas⁸³, su devolución⁸⁴, su constitución y aprobación como requisito para la celebración del contrato⁸⁵; los riesgos relacionados con el cumplimiento del contrato (manejo y buena inversión del anticipo, estabilidad de la obra, calidad del servicio, pago de salarios, prestaciones sociales e indemnizaciones, correcto funcionamiento de los equipos)⁸⁶; la presunción de la cláusula⁸⁷; la terminación del contrato ante la falta de constitución⁸⁸; la facultad de la entidad para determinar la cuantía y término de las garantías, sometida a la respectiva reglamentación de la Contraloría General de la República⁸⁹; las clases de garantías, que seguían consistiendo en fianzas de bancos o de compañías de seguros⁹⁰; la integración del contrato de garantía al contrato amparado⁹¹; la reposición del monto de la garantía, en atención a las multas⁹²; la no obligatoriedad de la cláusula en los contratos de empréstito, interadministrativos y, en determinado evento, en los de arrendamiento⁹³.

Sin embargo, se apartó de la anterior normativa en los siguientes aspectos:

⁸³ Arts. 30, lit. f, 36.

⁸⁴ Art. 37.

⁸⁵ Arts. 25, lit. d, 48 y 51.

⁸⁶ Art. 67.

⁸⁷ Art. 68.

⁸⁸ *Ibídem*.

⁸⁹ Art. 69.

⁹⁰ Art. 70.

⁹¹ *Ibídem*.

⁹² *Ibídem*.

⁹³ Art. 67.

- (i) se permitía constituir las garantías con posterioridad a la ejecución del contrato, específicamente, los amparos de estabilidad de la obra y calidad del bien o servicio se otorgaban simultáneamente con el recibo del objeto⁹⁴;
- (ii) las pólizas matrices debían ser aprobadas por la Superintendencia Bancaria y no por la Contraloría General de la República⁹⁵;
- (iii) la no obligatoriedad de la cláusula en los contratos de arrendamiento, procedía siempre y cuando la entidad pública fuera la arrendataria⁹⁶;
- (iv) el amparo de salarios, prestaciones sociales e indemnizaciones se debía prorrogar por un periodo de -por lo menos- tres años, sin lo cual el acta de recibo no producía efectos legales⁹⁷;
- (v) el amparo sobre manejo y buena inversión de un anticipo, se debía otorgar y aprobar una vez perfeccionado el contrato y era requisito para el correspondiente desembolso⁹⁸;
- (vi) en el caso del contrato de concesión, por el sistema de peaje, el contratista debía otorgar una garantía sobre el manejo del producto de los derechos recaudados, que no podía ser inferior al monto de lo calculado por lo percibido durante un período de tres meses, y su vigencia debía ser igual al término del contrato y seis meses más⁹⁹; y

⁹⁴ Art. 48.

⁹⁵ Art. 70.

⁹⁶ Art. 67.

⁹⁷ Art. 48.

⁹⁸ *Ibidem*.

⁹⁹ Art. 105.

(vii) en el evento del contrato de concesión para la prestación del servicio de radiodifusión, el contratista debía otorgar una garantía de fabricación, de suministro de repuestos y de mantenimiento para asegurar la eficacia del servicio¹⁰⁰.

Por su parte, la L.80/93¹⁰¹, que derogada la normativa anteriormente descrita, retomando esta forma de proteger los recursos públicos, impuso la obligación general a los contratistas de prestar garantía única para valar el cumplimiento de las obligaciones contractuales, como requisito de ejecución del contrato; así como a los proponentes de constituir garantías de seriedad de sus ofrecimientos, especialmente, para refrendar la suscripción del contrato, una vez adjudicado¹⁰².

Reguló expresamente, pero no manera detallada, el término de la garantía, indicando que estaría vigente durante la existencia y liquidación del contrato y la prolongación de sus efectos, ajustándose a los límites, existencia y extensión de cada riesgo amparado¹⁰³. Exigiéndose, en consecuencia, al contratista -como requisito para la liquidación del contrato- la ampliación de los amparos cuyas obligaciones deban cumplir con posterioridad a la extinción del acuerdo de voluntades, como los de estabilidad de la obra, calidad del bien o servicio suministrado, provisión de repuestos y accesorios, pago de salarios, prestaciones e indemnizaciones y responsabilidad civil¹⁰⁴.

Instituyó dos tipos de cobertura: garantías bancarias y pólizas expedidas por compañías de seguros, en cuyo caso éstas no expiraban por falta de pago de la prima o por revocatoria unilateral, no siendo obligatorios en los contratos de

¹⁰⁰ Art. 197.

¹⁰¹ Modificada por la L.1150/07.

¹⁰² Arts. 25, num. 19 (derogado por el art. 32 de la L.1150&07), 30, num. 12, y 41.

¹⁰³ Art. 25, num. 19.

¹⁰⁴ Art. 60.

empréstito, interadministrativos, de seguros y en los celebrados con organizaciones cooperativas nacionales de trabajo asociado¹⁰⁵.

Ante la generalidad de las disposiciones sobre garantías establecidas en la L.80/93, le correspondió al Gobierno Nacional -en ejercicio de la potestad reglamentaria, para la cumplida ejecución de las normas con fuerza ley- desarrollar esa materia. Es así como, el 28 de marzo de 1994, expide el Decreto Reglamentario 679, en el cual se dispuso:

(i) que la garantía de seriedad de la propuesta no podía ser inferior al 10% del valor de la propuesta o del presupuesto oficial estimado, según lo determinara en los pliegos de condiciones o términos de referencia. En los casos de licitaciones para la concesión de espacios de televisión, la garantía mínima ascendía al 1.5% del valor total del espacio licitado¹⁰⁶.

(ii) además de reiterar algunos ejemplos de riesgos (manejo e inversión del anticipo, estabilidad de la obra, calidad del servicio, funcionamiento de los equipos y pago de salarios, prestaciones sociales e indemnizaciones), adicionó los siguientes: manejo e inversión del pago anticipado, cumplimiento -en concreto- del contrato, calidad del bien y responsabilidad civil frente a terceros, este último, por su naturaleza diferente a la del seguro de cumplimiento¹⁰⁷, debe tomarse a través de un amparo autónomo (póliza anexa) de la garantía única¹⁰⁸.

(iii) estableció, a su vez, el monto de los amparos, así¹⁰⁹:

¹⁰⁵ Art. 25, num. 19.

¹⁰⁶ Art. 16, derogado por el art. 29 del D.4828/08.

¹⁰⁷ DÍAZ-GRANADOS ORTIZ, Juan Manuel, *op. cit.*, pp. 45-49.

¹⁰⁸ Art. 17, derogado por el art. 29 del D.4828/08.

¹⁰⁹ *Ibidem*.



- a) el del anticipo o pago anticipado equivalente al 100% del monto que el contratista reciba;
 - b) el de cumplimiento no inferior al monto de la cláusula penal pecuniaria, ni al 10% del valor del contrato;
 - c) el de salarios, prestaciones sociales e indemnizaciones por lo menos igual al 5% del valor total del contrato; y
 - d) los de estabilidad de la obra, calidad del bien o servicio y correcto funcionamiento de los equipos, debía determinarse en cada caso con sujeción a los términos del contrato, especialmente en lo referente al valor final;
- (iv) en cuanto a la vigencia de esos amparos, determinó que¹¹⁰:
- a) los de calidad de la obra o servicio suministrado, provisión de repuestos y accesorios debían cubrir, por lo menos, el lapso en el que el contratista debe responder por la garantía mínima presunta por vicios ocultos, garantizar el buen funcionamiento de los bienes suministrados o asegurar el suministro de repuestos y accesorios, de acuerdo con el contrato y la legislación civil o comercial;
 - b) el de estabilidad de la obra lo determinaba la entidad, según la naturaleza del contrato, pero no podía ser inferior a 5 años; y
 - c) el de salarios, prestaciones sociales e indemnizaciones debía extenderse por el término de vigencia del contrato y tres 3 años más¹¹¹.

¹¹⁰ *Ibidem.*

¹¹¹ Con todo, cuando en el mercado no se ofrecían garantías que cubrieran la totalidad de la vigencia de un contrato de concesión, de acuerdo con certificación expedida por la Superintendencia Bancaria, la entidad contratante podía aprobar la garantía

Esas disposiciones de la Ley 80 de 1993 y sus decretos reglamentarios, sobre garantías, fueron derogadas por la Ley 1150 de 2007 y el Decreto Reglamentario 4828 de 2008¹¹², respectivamente.

Con todo, la citada ley de 2007 mantiene las características principales de la institución, como la obligatoriedad general, las excepciones (adicionando los contratos cuyo valor sea inferior al 10% de la menor cuantía), las clases, y la prohibición de que las pólizas expiren por falta de pago de la prima o revocatoria unilateral. Correspondiéndole al Gobierno Nacional reglamentar esos aspectos, así como las vigencias y montos de los amparos, la división de la garantía, las condiciones generales de las pólizas y la forma de hacerla efectiva, aspecto que por primera vez es reconocido de manera expresa y específica (pero tímida e incipiente) en la ley, al consagrar:

“El acaecimiento del siniestro que amparan (sic) las garantías será comunicado por la entidad pública al respectivo asegurador mediante la notificación del acto administrativo que así lo declare”¹¹³.

por un término inferior, siempre y cuando el contratista se obligara a obtener su prórroga, con anticipación al vencimiento. El D.2172/01 extendió esta excepción a los contratos de obra y el D.280/02 la permitió sólo cuando el cumplimiento del objeto contractual (concesión u obra) se desarrollara por etapas subsiguientes y diferenciadas que generaran obligaciones distintas en su contenido y tiempo de ejecución. Con todo el D.2790/02 la retomó para el caso de contratos de concesión para la prestación de los servicios y actividades de telecomunicaciones, garantía que debía obtenerse por períodos no inferiores a 3 años.

¹¹² Derogado por el D.734/12, este -a su vez- derogado por el D.1510/13, el cual fue compilado en el D.1082/15.

¹¹³ Art. 7.

La regulación actual, *in extenso*, de las garantías en la contratación pública colombiana se encuentra, entonces, en el reglamento (D.1510/13, compilado en el D.1082/15.), que -a continuación- será objeto de especial estudio.

3. De los distintos instrumentos que permitirían resguardar la actividad contractual del Estado

El D.1082/15 establece las siguientes clases de garantías: póliza de seguros, patrimonio autónomo y garantía bancaria.

Estas clases de garantías se constituyen todas con el fin de asegurar el cumplimiento de las obligaciones del contratista, o cubrir los riesgos en caso de incumplimiento de éste, de modo que no resulte lesionado el patrimonio público afectándose los intereses que debe perseguir el Estado en este tipo de contratos.

Todos los tipos de garantías, por encontrar su origen en el derecho ordinario, se rigen por las normas de cada materia a que se refieran, como civiles y comerciales, y -valorando que protegen contratos estatales- por el derecho público.

A continuación se verá en qué consiste cada una de ellas, su concepto, alcance y procedimiento de aplicación, según lo consagra el Decreto citado.

3.1. Póliza de seguros

La póliza de seguro, como mecanismo de cobertura de los riesgos en la contratación pública colombiana, ha sido la garantía más empleada para tal propósito, toda vez que la normativa inicial que ordenó el amparo de los contratos estatales sólo permitió, como se señaló, dos mecanismos: las fianzas de bancos y el que se viene comentando, teniendo ambos su origen en el derecho privado, y siendo éste el más recurrido por efectos prácticos de consecución.

En la actualidad, aunque existen otros mecanismos, la póliza de seguro sigue siendo la más utilizada para amparar riesgos en la contratación pública y sigue teniendo su fuente en el derecho ordinario (así como el mismo contrato estatal) Razón por la cual, las características principales de esa institución se encuentran allí. En consecuencia, sólo algunas particularidades (prevalentes) estarán regidas por el derecho público, las cuales se analizarán en el presente acápite.

Son tres las pólizas de seguro que pueden tomarse para amparar riesgos de la contratación estatal: (i) de seriedad de las propuestas presentadas para suscribir el contrato (etapa precontractual), (ii) única de cumplimiento, que ampara distintos riesgos que pueden presentarse durante la ejecución del contrato y que dependen de su naturaleza, objeto y obligaciones; y (iii) de responsabilidad civil extracontractual, que por no ser un seguro de cumplimiento se constituye de manera autónoma a la garantía única.

Con relación a la póliza única de cumplimiento cada uno de los diferentes amparos que se tomen son independientes de los otros, en cuanto a los riesgos y valores asegurados, en otros términos, son excluyentes entre sí y no acumulables; en consecuencia, la entidad contratante no se encuentra facultada para reclamar el valor de un amparo con la intención de cubrir otro.

En esta garantía única de cumplimiento se encuentra prohibido pactarse la Cláusula de Proporcionalidad u otra similar, conforme a la cual el valor asegurado ampara los perjuicios derivados del incumplimiento total del contrato garantizado y de presentarse incumplimiento parcial del mismo, la indemnización de perjuicios a cargo del asegurador no excederá de la proporción del valor asegurado equivalente al porcentaje incumplido de la obligación garantizada¹¹⁴.

¹¹⁴ D.1082/15, art. 2.2.1.2.3.2.4.



A diferencia de lo regulado por el derecho privado, las exclusiones de la póliza única de cumplimiento se encuentran expresamente consagradas, de manera taxativa:

- 1. Causa extraña, esto es la fuerza mayor o caso fortuito, el hecho de un tercero o la culpa exclusiva de la víctima.*
- 2. Daños causados por el contratista a los bienes de la entidad no destinados al contrato, durante la ejecución de éste.*
- 3. El uso indebido o inadecuado o la falta de mantenimiento preventivo a que esté obligada la entidad contratante.*
- 4. El demérito o deterioro normal que sufran los bienes entregados con ocasión del contrato garantizado, como consecuencia del mero transcurso del tiempo.*

Asimismo, a la entidad estatal no le son oponibles por parte del asegurador las excepciones fundadas en la conducta del contratista (tomador del seguro) y que pueda presentar en contra de éste, aun cuando se relacionen con inexactitudes o reticencias en que hubiere incurrido con ocasión de la contratación del seguro.

Tampoco procede la terminación automática del seguro de cumplimiento expedido a favor de una entidad estatal por falta de pago de la prima, ni podrá ser revocada unilateralmente.

Y, por último, en cuanto a las especificidades de esta póliza en la contratación pública, en caso de que el contrato amparado deba ser cedido al asegurador, como consecuencia del incumplimiento del contratista, éste -por el hecho de la contratación de la póliza y por disposición de la normativa jurídica- acepta la citada cesión, que en todo caso deberá ser autorizada por la entidad contratante. En este

evento, el asegurador cesionario, ahora ejecutor del proyecto, deber constituir una nueva garantía para amparar el cumplimiento de las obligaciones que asume ocasión de la cesión.

Respecto a la póliza de responsabilidad extracontractual, ésta ampara los daños producidos por el contratista o subcontratistas con ocasión de la ejecución del contrato y que pueden constituir. En ésta serán beneficiarios tanto la entidad contratante como los terceros que puedan resultar afectados por actuación u omisión del contratista o sus subcontratistas, así como asegurados la entidad contratante y el contratista.

Los amparos de esta póliza, que serán analizados en el siguiente acápite, solamente pueden ser tomados mediante póliza de seguros, a diferencia de las otras dos, que también se pueden amparar a través de los demás mecanismos de cobertura.

Asimismo, en esta póliza *“solamente se pueden pactar deducibles hasta del diez por ciento (10%) del valor de cada pérdida y en ningún caso pueden ser superiores a dos mil (2.000) SMMLV. No serán admisibles las franquicias, coaseguros obligatorios y demás formas de estipulación que impliquen la asunción de parte de la pérdida por la entidad asegurada”*¹¹⁵.

3.2. Patrimonio Autónomo

El patrimonio autónomo es, igualmente una figura del derecho privado que se utiliza como garantía de los riesgos emanados del ofrecimiento o del cumplimiento de las obligaciones contenidas en el contrato o de su liquidación, mediante el perfeccionamiento de un contrato de fiducia mercantil.

¹¹⁵ *Ibidem*, art. 2.2.1.3.3.2.10.

Para que pueda constituirse en garantía, el contrato de fiducia debe contar con una serie de formalidades, las cuales son¹¹⁶:

1. El fideicomitente debe ser el oferente o el contratista o quien esté dispuesto a garantizar sus obligaciones y tenga la facultad para hacerlo, y la sociedad fiduciaria, autorizada para el efecto por la Superintendencia Financiera o quien haga sus veces.
2. La Entidad Estatal que contrata debe ser el beneficiario del patrimonio autónomo.
3. La sociedad fiduciaria está obligada a realizar los actos necesarios para la conservación de los bienes fideicomitidos o adoptar las medidas necesarias para que quien los tenga garantice dicha conservación.
4. La sociedad fiduciaria debe periódicamente hacer las valoraciones y avalúos sobre los bienes que constituyen el patrimonio autónomo, para velar por la suficiencia e idoneidad de la garantía.
5. La sociedad fiduciaria debe avisar a la Entidad Estatal y al fideicomitente dentro de los tres (3) días siguientes a la fecha en la que tiene noticia de la insuficiencia del patrimonio autónomo para el pago de las obligaciones garantizadas, causada por la disminución del valor de mercado de los bienes que lo conforman y exigir al fideicomitente el remplazo o aumento de los bienes fideicomitidos para cumplir con las normas relativas a la suficiencia de la garantía.
6. La obligación del fideicomitente de remplazar o aumentar los bienes fideicomitidos dentro de los treinta (30) días calendario siguientes a la solicitud que haga la sociedad fiduciaria.

¹¹⁶ *Ibidem*, art. 2.2.1.2.3.3.1.

7. El procedimiento para el remplazo de bienes o para la incorporación de nuevos bienes al patrimonio autónomo.

8. El procedimiento que debe seguirse frente al incumplimiento del oferente o del contratista.

9. Las obligaciones de la sociedad fiduciaria incluyendo sus obligaciones de custodia y administración de los bienes, verificación periódica del valor del patrimonio autónomo, rendición de cuentas e informes periódicos.

10. La forma como procede la dación en pago de los bienes fideicomitidos, para lo cual es necesario que haya transcurrido más de un (1) año desde la fecha en la cual la Entidad Estatal solicitó a la sociedad fiduciaria ejecutar la garantía y no ha sido posible realizar los bienes fideicomitidos. En este caso, la Entidad Estatal debe recibir la dación en pago por el cincuenta por ciento (50%) del avalúo actualizado de los bienes, sin perjuicio de que la Entidad Estatal persiga el pago del perjuicio causado que no haya sido íntegramente pagado.

Igualmente, fiduciaria debe expedir a nombre de la respectiva entidad un certificado de garantía, con la siguiente información¹¹⁷:

1. La suficiencia de la garantía para cada una de las coberturas.
2. Los estados financieros actualizados del patrimonio autónomo y una descripción de los bienes que lo conforman.
3. El procedimiento a surtir en caso de hacerse exigible la garantía.
4. Los riesgos garantizados.
5. La prelación que tiene la entidad para el pago.
6. Los mecanismos con los cuales la sociedad fiduciaria puede hacer efectiva la garantía sin afectar su suficiencia.

¹¹⁷ *Ibidem*, art. 2.2.1.2.3.3.4.

3.3. Garantías Bancarias

Igualmente, las entidades estatales están facultadas recibir, a título de amparo de los riesgos, garantías bancarias y las cartas de crédito *stand by*, las cuales deben reunir las siguientes características¹¹⁸:

1. Constar en documento expedido por una entidad financiera autorizada por la Superintendencia Financiera, otorgado de acuerdo con las normas del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero.
2. Debe ser efectiva a primer requerimiento o primera demanda de la entidad estatal.
3. Ser irrevocable.
4. Suficiente para amparar todos los riesgos.
5. El garante debe haber renunciado al beneficio de excusión.

4. De los riesgos, en concreto, que deben ampararse en la gestión contractual de los entes públicos

Los riesgos representan aquellas situaciones probables en las cuales pueden surgir consecuencias como la pérdida económica para una de las partes del contrato estatal. Esos riesgos amparables mediante las clases de garantías previamente vistas, cobijan todas aquellas circunstancias que pueden afectar la ejecución del objeto contractual o atacar el equilibrio económico del contrato.

La determinación de los posibles riesgos que se puedan presentar, depende -en cada caso concreto- del objeto, naturaleza y características del respectivo contrato. Ello significa que estos riesgos son previsibles, situación que obliga a la entidad contratante a determinar, de manera previa a la contratación, esos eventos de

¹¹⁸ *Ibidem*, art. 2.2.1.2.3.4.1.

incumplimiento que se puedan presentar a cargo del oferente o contratista, con la finalidad de éste constituya el mecanismo de cobertura.

Tres escenarios, dentro de la contratación pública, se pueden establecer para ubicar los riesgos; el primero relacionado con el incumplimiento del ofrecimiento, el segundo se refiere al incumplimiento de las obligaciones contractuales y, el tercero, referente a la responsabilidad extracontractual, con ocasión de la ejecución del contrato estatal, del contratista o su(s) subcontratista(s)

Se puede observar entonces que no sólo deben estar cubiertos los riesgos derivados de la ejecución del objeto contractual, que se encuentran estipulados en el contrato, sino que también cobija los riesgos en materia de responsabilidad extracontractual, y los ocasionados por los subcontratistas.

En el primer escenario, la normativa ha identificado, a manera de ejemplo, algunos de los riesgos que allí se pueden presentar. Estos riesgos, que debe amparar el oferente, son los siguientes¹¹⁹:

1. La no ampliación de la vigencia de la garantía de seriedad de la oferta cuando el plazo para la Adjudicación o para suscribir el contrato es prorrogado, siempre que tal prórroga sea inferior a tres (3) meses.
2. El retiro de la oferta después de vencido el plazo fijado para la presentación de las ofertas.
3. La no suscripción del contrato sin justa causa por parte del adjudicatario.
4. La falta de otorgamiento por parte del proponente seleccionado de la garantía de cumplimiento del contrato.

¹¹⁹ *Ibidem*, art. 2.2.1.2.3.1.6.

Ahora bien, en la etapa contractual la garantía de cumplimiento respectiva ampara un número de riesgos, eventos o circunstancias que pueden generar perjuicios para la entidad estatal, y que son¹²⁰:

- 1) *Bue manejo y correcta inversión del anticipo* entregado al contratista; de esta forma, la entidad pública se encuentra amparada contra eventualidades como la inversión indebida de dicho anticipo, la no inversión o el uso indebido del anticipo en la ejecución del objeto contractual, o a la apropiación de dicho dinero que el contratista haga con fines diferentes a la ejecución del respectivo contrato.

Se determina igualmente que tratándose de bienes entregados como anticipo, éstos deben tasarse o estimarse en dinero dentro del contrato, e igualmente se considera amparable mediante la garantía su buen uso y correcta inversión.

- 2) *Devolución del pago anticipado*, también es otro de los riesgos que cubre la garantía, puesto que si el contratista no entrega dicho anticipo o dinero que se ha entregado como pago, cuando sea requerido o haya lugar a ello, se generaría un perjuicio para la entidad pública, pues, además de no haberse ejecutado el contrato, tampoco se devolvería el dinero entregado anticipadamente.
- 3) *El cumplimiento*, en estricto sentido, de las obligaciones emanadas del contrato firmado entre el contratista y la entidad estatal, donde se encuentran incluidas, en caso de haberse pactado, las multas y la cláusula penal pecuniaria. Así las cosas, el amparo de la garantía cubre los perjuicios ocasionados por el incumplimiento total o parcial del contratista de las

¹²⁰ *Ibidem*, art. 2.2.1.2.3.1.7.

obligaciones que suscribió en el contrato, cuando dicho incumplimiento sea imputable al contratista, y asimismo cuando la responsabilidad sea compartida, en la proporción en que correspondan al contratista. De la misma forma, y como se anotó, está cubierto el pago de las multas y de la cláusula penal pecuniaria.

- 4) *El Pago de salarios, prestaciones sociales e indemnizaciones laborales.* Cabe destacar que se trata de las obligaciones laborales derivadas del personal que contrate el contratista para la ejecución del objeto contractual. Con esto se busca salvar la responsabilidad de la entidad estatal en cuanto al pago de estas prestaciones debidas a los trabajadores que, en razón del desarrollo del contrato, ejerzan actividades laborales para el contratista¹²¹.
- 5) *Estabilidad y calidad de la obra.* De la misma manera, se encuentran cobijados por la garantía aquellos riesgos que puedan surgir por la calidad de la obra entregada por el contratista, esto es, que la garantía ampara los daños o deterioros que pueda sufrir la obra y que sean imputables al contratista.
- 6) *Calidad y correcto funcionamiento de los bienes y equipos suministrados.* La garantía también debe cubrir, en los casos procedentes, los perjuicios derivados del mal funcionamiento de los equipos y bienes que el contratista suministre por la ejecución del contrato, por lo cual éste deberá asegurarse de su óptimo estado. Dichos bienes y equipos deberán ajustarse a las normas técnicas previstas en el contrato.
- 7) *Calidad del servicio.* La ocurrencia de los riesgos puede verificarse una vez terminada la ejecución del objeto contractual. Todos aquellos daños

¹²¹ CST, art. 34.

derivados de la mala calidad del servicio, o de los productos o informes que sean entregados por el contratista, esto es, relacionados con la deficiencia en el servicio prestado, o la indebida asesoría hecha por el contratista se pueden detectar durante el desarrollo del contrato o con posterioridad. De esta manera, la garantía se extiende más allá de la ejecución del objeto contractual, teniendo mayor responsabilidad el contratista y buscando el mínimo margen de pérdida para la entidad estatal por hechos imputables al primero.

- 8) Igualmente, existe la posibilidad de cubrir otra serie de riesgos mediante el pacto en el contrato de dichas circunstancias que pueden generar daños a la entidad contratante. Estos riesgos se dejan a consideración de dicha entidad, quien deberá tipificarlos y cuantificarlos, para que figuren en el pliego de condiciones y así se incorporen al contrato y el contratista se obligue a suscribir la respectiva garantía para ampararlos.
- 9) Asimismo, la garantía de cumplimiento suscrita por el contratista, debe amparar los daños derivados del incumplimiento de éste y que se generen por un proceso de responsabilidad fiscal, por la acción u omisión del contratista, bien sea por dolo o por conducta culposa del mismo. De la misma forma cubre el evento en el cual dicha responsabilidad sea imputable a particulares, cuya conducta cause daños a la entidad contratante por las mismas razones expuestas¹²².

Estos son los riesgos por incumplimiento y entrega defectuosa, entre otros, que se cubren con la garantía obligatoria que debe suscribir el contratista para la ejecución del objeto contractual. No obstante, hay riesgos que se adicionan a estos, y que consisten en que la entidad contratante, en los contratos de obra, y en los otros

¹²² L.610/00, art. 44.

contratos donde lo estime oportuno, la suscripción de pólizas de garantías que sirvan para cubrir las demandas de terceros que reclamen daños causados por el contratista como consecuencia de su acción u omisión, dentro de la denominada responsabilidad extracontractual, es decir, que pese a no tener relaciones contractuales con los terceros, el contratista cause perjuicios a ellos, por lo cual éstos ejerzan derechos que la ley prevé para reclamar la indemnización por dichos daños¹²³.

Relacionado con lo anterior, se encuentran los riesgos que están cubiertos por una póliza de garantías que deben suscribir los subcontratistas, esto es, las personas que el contratista designe para que coadyuven en la ejecución del objeto contractual. Estos subcontratistas, que deben estar autorizados por la entidad estatal para que puedan ser contratados, conforme se estipule en el contrato, deben, entonces, contar con la pólizas de garantías o previamente haber adquirido un seguro de responsabilidad civil, para cubrir los daños que pueda generar la conducta activa u omisiva de estos subcontratistas¹²⁴.

Asimismo, la entidad estatal podrá exigir la suscripción de pólizas de seguros que cubran otros riesgos que dicha entidad estime que pueden presentarse, bien sea por la acción u omisión de los contratistas, o de los subcontratistas, en materia extracontractual, o contractual, frente a terceros u otras personas. De esta forma, hay una estipulación legal que busca proteger los intereses de la entidad contratante, que como se ha anotado reiteradamente, son también los intereses públicos, por los fines que este tipo de entidades persigue.

Igualmente, se encuentra la llamada cláusula de indemnidad, según la cual los contratistas deben suscribir una estipulación donde se comprometan a dejar libre de responsabilidad por daños y perjuicios ocasionados por ellos a la entidad contratante. También debe incluir esta cláusula que la entidad estatal estará libre

¹²³ D.1082/15, arts. 2.2.1.2.3.1.5. y 2.2.1.2.3.1.8.

¹²⁴ *Ibídem*.



de responder por las acciones u omisiones del contratista, subcontratista o dependientes que causen daños a terceros, para que éstos no reclamen ante la entidad estatal y acudan a aquellos para hacer valer sus derechos por responsabilidad extracontractual de los mismos.

Según se ha visto, las garantías cubren los riesgos presentados tanto con ocasión de las obligaciones contractuales, como por los perjuicios o daños generados en materia de responsabilidad extracontractual. Es decir, no sólo se cubren los daños directamente ocasionados a la entidad estatal, sino también a terceros que pese no haber sido parte en el respectivo contrato, se viesen afectados con ocasión del desarrollo o ejecución del mismo.

Igualmente, como se ha podido apreciar, están cubiertos los riesgos que puedan presentarse en la etapa precontractual, esto es, durante el ofrecimiento, de donde se deduce que la oferta o propuesta debe ser seria y avalarse mediante garantía de cumplimiento dicha sensatez y las consecuencias perjudiciales que puedan ocasionar las acciones u omisiones del oferente.

Finalmente, para concluir este aparte, se debe anotar que la cláusula penal pecuniaria, la cual está cubierta por la garantía suscrita por el contratista, es una figura del derecho privado que se emplea en materia de contratación estatal, y que consiste en el cálculo anticipado que se hace de los perjuicios, de tal manera que una vez acaecidos no es necesario probarlos ni determinar su cuantía. Esta figura está consagrada en el artículo 1592 del CCv., el cual define esta cláusula como una pena a la cual se somete una persona en caso de incumplir con una obligación de dar o de hacer, como forma de garantizar el cumplimiento de dichas obligaciones. Esta cláusula penal pecuniaria se podrá pedir junto con la indemnización de perjuicios, pero sólo si se ha pactado expresamente; en caso contrario no podrá hacerse efectiva¹²⁵. La ley civil permite al acreedor de la obligación poder pedir, a

¹²⁵ CCv., art. 1600.

su criterio, la indemnización o la cláusula penal pecuniaria. En derecho privado, es necesario que el juez determine la responsabilidad del deudor por incumplimiento de sus obligaciones, para poderse exigir la pena incorporada a la cláusula mencionada, mientras que en materia administrativa no se requiere esta exigencia, sino que la entidad estatal podrá imponerla de manera directa, en virtud de su autotutela, previa declaratoria del incumplimiento.¹²⁶

El Consejo de Estado se ha expresado determinando el alcance de esta figura en materia administrativa, sosteniendo lo siguiente: *“Resulta claro entonces, que en el régimen de derecho privado primero deberá el juez establecer la responsabilidad del contratista incumplido, para luego deducir a su cargo la obligación de pagar el monto estipulado por las partes a título de indemnización de perjuicios en la cláusula penal pecuniaria del contrato. De otro lado, en materia de contratación estatal y en los términos en que fue contemplada por el artículo 72 del Decreto Ley 222 de 1983, la cláusula penal pecuniaria constituía una sanción que, frente al incumplimiento de su contratista, podía imponer directamente la Administración sólo en los contratos administrativos regidos por las disposiciones del mencionado Decreto; poder sancionador de la Administración contratante en los contratos regidos por el Derecho Público. Se trata pues de sanciones que no son ajenas al régimen de los contratos del derecho privado, pues en ellos las partes pueden legalmente pactarlas; pero que fueron adoptadas por la contratación administrativa, otorgándole a la entidad contratante en un contrato administrativo, la facultad de imponerlas directamente, a diferencia de lo que sucede en los contratos entre particulares, en los cuales éstos, frente al incumplimiento contractual de la otra parte, deben acudir al juez del contrato para que sea él quien determine la existencia, extensión y consecuencias del alegado incumplimiento”*¹²⁷.

¹²⁶ Esta regulación fue establecida por el art. 72 del D.222/83. Ahora se encuentra en el art. 17 de la L.1150/07.

¹²⁷ Véase Secc. 3ra, S 19/08/04, Rad. 25000-23-26-000-1990-6904-01(12342)

Con esto queda claro que las entidades estatales, además de poder fijar y estimar los riesgos que pueden derivar en perjuicios para ellas, y estipularlos en el contrato, tienen la potestad para pactar en ellos cláusulas penales pecuniarias para el pago de los daños que consideren pueden sufrir por el incumplimiento del contratista o por la entrega defectuosa o tardía de la obra, productos o servicios contratados.

5. Suficiencia patrimonial y temporal de los diversos amparos precontractuales, contractuales y extracontractuales

Los riesgos amparables mediante las garantías, que se han visto anteriormente, presentan unos montos y vigencias que se encuentran establecidos en el D.1082/15¹²⁸.

Estos montos y vigencias se establecen para los riesgos amparables por garantías tanto en la etapa del ofrecimiento de la propuesta como en la contractual o de ejecución del contrato perfeccionado.

De esta forma, se establecen unas sumas y vigencias determinadas para cada tipo de amparo, con el objeto de evaluar la suficiencia de la garantía, así:

¹²⁸ Art. 2.2.1.2.3.1.10. y ss.

Suficiencia de la garantía de seriedad de la oferta

Vigencia	Valor	
Desde la presentación de la oferta y hasta la aprobación de la garantía de única cumplimiento del contrato	Por lo menos el 10% del valor de la oferta. Reglas especiales:	
	Contratación de Acuerdo Marco de Precio	1.000 smmlv.
	Subasta inversa y concurso de méritos	equivalente al 10% del presupuesto oficial estimado
	Cuando el valor de la oferta o el presupuesto estimado sea superior a un 1.000.000 smmlv:	Si oferta es superior a un 1.000.000 y hasta 5.000.000 smmlv, al menos el 2,5% del valor de la oferta.
		Si oferta es superior a 5.000.000 y hasta 10.000.000 smmlv, al menos el uno 1% del valor de la oferta.
		Si oferta es superior a 10.000.000 smmlv, al menos el 0,5% del valor de la oferta.

Suficiencia del seguro de responsabilidad civil extracontractual

Vigencia	Valor	
Igual al período de ejecución del contrato	No debe ser inferior a:	Para contratos:
	200 smmlv	Con valor inferior o igual a 1.500 smmlv
	300 smmlv	Con valor superior a 1.500 e inferior o igual a 2.500 smmlv.
	400 smmlv	Con valor superior a 2.500 e inferior o igual a 5.000 smmlv
	500 smmlv	Con valor superior a 5.000 e inferior o igual a 10.000 smmlv
	5% del valor del contrato, sin que supere 75.000 smmlv	Con valor superior a 10.000 smmlv

Suficiencia de la garantía única de cumplimiento

Riesgo	Vigencia	Valor
Manejo e inversión del Anticipo	Hasta liquidación o amortización del anticipo	100% de la suma establecida como anticipo
Pago Anticipado	Hasta liquidación o ejecutar actividades asociadas al pago	100% del monto pagado de forma anticipada
Cumplimiento	Mínimo hasta la liquidación	Por regla, mínimo 10% valor del contrato
Salarios, prestaciones e indemnizaciones	Plazo del contrato y 3 años más	Mínimo 5% valor del contrato
Estabilidad y calidad de la obra	Por regla, no inferior a 5 años, desde recibo a satisfacción	Determina la entidad
Calidad del servicio	Determina la entidad. Interventoría, igual al plazo de garantía de estabilidad	Determina la entidad
Calidad y correcto funcionamiento de bienes	Determina la entidad	Determina la entidad

Aparte de estos riesgos, las entidades estatales pueden considerar el cubrimiento mediante garantía de otros tipos de riesgos que ellas estimen que pueden presentarse y entonces sea necesario constituir la respectiva póliza, u otra clase de garantía. El monto y la vigencia de estos riesgos dependen de la naturaleza del contrato y de las consideraciones que tengan al respecto dichas entidades.

6. Algunas formalidades sobre la constitución, aplicación y división de las garantías contractuales

Las garantías deben constituirse de manera obligatoria, salvo las excepciones que se expresarán más adelante, por parte de oferentes y contratistas, para amparar los riesgos derivados de su posible incumplimiento de las obligaciones precontractuales (tratándose del oferente) o de las contractuales (tratándose del contratista)

No basta con que se preste la garantía por parte del oferente y del contratista, sino que es necesario asimismo que éstas sean aprobadas por la entidad estatal, es decir, que se ajusten a los montos y vigencias exigidos. Cualquier garantía no es aceptable si no cumple con los requisitos patrimoniales requeridos. De lo contrario, el contrato no podrá ejecutarse, ya que el monto garantizado no cubre el valor de los riesgos que puedan presentarse, en detrimento del patrimonio público: *“Para la ejecución [del contrato] se requerirá de la aprobación de la garantía y de la existencia de las disponibilidades presupuestales correspondientes...”*¹²⁹.

Sin embargo, esa regla general admite excepciones, en las cuales no es obligatoria la constitución de las garantías, ni su exigencia a los oferentes y contratistas. En efecto la L.1150/07 establece que no es obligatorio exigir garantías de cumplimiento en los contratos de empréstito, interadministrativos y en los de seguros y en los contratos cuyo valor sea inferior al 10% de la menor cuantía¹³⁰. Por su parte, el

¹²⁹ L.1150/07, art. 23.

¹³⁰ *Ibidem*, art. 7.

D.1082/15, indica que tampoco serán, por regla, exigibles en la contratación directa¹³¹. En estos casos le corresponde a la entidad determinar la necesidad de exigirla, atendiendo a la naturaleza del objeto del contrato y a la forma de pago.

Entonces, el principio general de obligatoriedad de las garantías admite dichas excepciones, pero ello no indica que esté prohibido a las entidades estatales exigir garantías en tales eventos, sino que se rompe es la regla general de que deban constituirse por parte de oferentes y contratistas, mas queda a criterio de la administración exigir las o no, ya que es potestativo para ellas al no manifestar la ley que les está vedado solicitarlas en los procesos de selección que adelanten y para la ejecución del objeto contractual. En esto se resalta el principio que indica que lo que no esté prohibido, está permitido, esto es, la ley se interpreta de tal forma que ella no establece restricciones a la exigencia de garantías, sino que expresa que no son obligatorias. De esta manera, pueden, asimismo, los oferentes y contratistas constituir las si les parece adecuado, haciendo una interpretación extensiva de las citadas normas.

Se puede decir, entonces, que las excepciones a la regla general de obligatoriedad de las garantías en la contratación pública, derivan de la Ley y los Decretos. El sustrato de esa determinación se encuentra en la poca probabilidad de que el riesgo se presente o, de presentarse, no sea relevante.

Ahora bien, se han visto las excepciones al principio de la obligatoriedad de la garantía, pero también hay excepciones al principio de la indivisibilidad de la garantía, según el cual ésta es íntegra y no debe dividirse en partes o etapas¹³².

En los contratos con un plazo mayor a 5 años, las garantías pueden cubrir los riesgos que se presenten por etapas, para lo cual debe presentarse coberturas

¹³¹ Art. 2.2.1.2.1.4.5.

¹³² *Ibidem*, art. 2.2.1.2.3.1.3.

independientes, amparando la vigencia de la respectiva fase y con la suficiencia ya descrita. Con todo, antes del vencimiento de cada periodo del contrato, el contratista está obligado a obtener una nueva garantía para el subsiguiente.

La entidad estatal, en todo caso, debe prever en el contrato el mecanismo que se aplicará para restablecer la garantía, es decir, que en caso de que el contratista incumpla con la prórroga o constitución de la garantía para la etapa siguiente, debe estar prevista la forma de restablecerla, sin que se afecta la garantía de la etapa que se está ejecutando.

7. Elementos principales a comparar con el régimen de las garantías contractuales entre particulares

7.1. *Fundamento:*

En el derecho privado, el fundamento de las garantías, en términos generales, no obedece a las mismas razones que en el derecho público. Como se ha observado, tratándose de contratación pública la exigencia de garantías se fundamenta en la protección del patrimonio público, que -en gran medida- se pondría en riesgo de no solicitarse esas coberturas.

En el derecho privado, por su parte, el fundamento de las garantías estriba en la protección de los intereses particulares, los cuales se verían perjudicados por el incumplimiento de la otra parte. Como no se trata de dineros públicos, sino privados, no hay un interés general, sino que se busca asegurar que la parte contratante no pierda la inversión realizada o no se lesione su patrimonio por incumplimientos.

Así las cosas, en derecho privado *“la garantía está concebida como un sistema de aseguramiento, legal o voluntario, cuya finalidad esencial es preservar el interés del acreedor, asegurando el cumplimiento de la prestación”*¹³³.

Asimismo, con ese fundamento de la garantía en derecho privado, se pretende *“eliminar la insolvencia de un deudor frente a un concreto acreedor o grupo de acreedores. Se considera aquí que existe insolvencia cuando se produce una especial situación del patrimonio del deudor que supone un riesgo de insatisfacción para el acreedor, porque provoca o puede provocar una alteración económica contractual, con la pérdida del sentido del equilibrio contractual y de la base subjetiva del negocio”*¹³⁴.

De esta forma, las garantías en derecho privado también buscan proteger el patrimonio del acreedor en caso de que el deudor, por su insolvencia, no pueda responder por sus obligaciones contractuales. Al contrario, como se ha dicho, en el derecho público estas garantías se constituyen para proteger el patrimonio público: *“no cabe tampoco olvidar que estamos ante contratos administrativos, que como tales se encuentran indisolublemente unidos al interés público que se persigue con su cumplimiento. No se trata, por tanto, de satisfacer a través de ellos intereses meramente privados o de particulares”*¹³⁵.

7.2. Necesidad de exigir garantías:

Las garantías son necesarias en el derecho privado por el avance económico de la sociedad, por el surgimiento de industrias, empresas y negocios en los cuales cobra

¹³³ NIETO CAROL, Ubaldo, *Tratado de Garantías en la Contratación Mercantil*, Editorial Civitas, Madrid, 1996, p. 134.

¹³⁴ *Ibidem*, p. 133.

¹³⁵ GARCÍA-TREVIJANO GARNICA, Ernesto, *El Régimen de las Garantías en la Contratación Administrativa*, Editorial Civitas, Madrid, 2002.p. 16.

gran importancia la protección de los intereses privados frente a eventuales pérdidas que puedan surgir por el incumplimiento de otras partes o por la insolvencia de éstas: *“El incremento de toda actividad económica de un país depende, en mayor o menor grado del seguro, porque sólo éste garantiza contra pérdidas que, de no estar debidamente amparadas, llevarían a quien las sufre a una aflictiva situación financiera cuando no a la bancarrota. Empero, gracias al seguro es posible reanudar prontamente la actividad o, cuando menos, reparar el vacío económico que la muerte de una persona genera”*¹³⁶.

Las garantías también son necesarias como mecanismos para asegurar el cubrimiento de perjuicios que se deriven por responsabilidad civil contractual como extracontractual, de forma que queden amparadas las partes o terceros frente al acontecimiento de dichos daños: *“Tanto en el plano de la seguridad social como en el de la individual, opera el contrato de seguro. La necesidad de disponer lo pertinente para que los daños ocasionados por múltiples actividades peligrosas puedan ser debidamente atendidos, ha encontrado respuesta positiva en el seguro; así, por ejemplo, respecto a la conducción de automóviles ya es obligatorio en muchos países el seguro de responsabilidad civil”*¹³⁷.

Igualmente, las pólizas de garantía en derecho privado también son necesarias para cubrir riesgos personales como la invalidez, la muerte o la insolvencia: *“Mirado en lo personal, es también destacada la importancia del seguro pues sirve para garantizar a un núcleo familiar la estabilidad económica que se vería afectada si se trunca la capacidad productiva de sus cabezas ora por muerte, bien por incapacidad de ellas o si el patrimonio sufre pérdidas de entidad tal que resulta difícil su recomposición”*¹³⁸.

¹³⁶ LÓPEZ BLANCO, Hernán Fabio, *Comentarios al Contrato de Seguro*, Dupre editores, Bogotá, 2010, p. 22.

¹³⁷ *Ibidem*.

¹³⁸ *Ibidem*.

Se observa la necesidad de estas garantías para cubrir riesgos como la insolvencia o el incumplimiento, al igual que en derecho público, donde se emplean para cubrir los riesgos que deriven del incumplimiento de oferente o contratista, sólo que los fines son diferentes, porque en el derecho privado son particulares, proteger el patrimonio del acreedor o el patrimonio familiar, mientras que en el público la necesidad primordial es constituir las para proteger el patrimonio público y garantizar el cumplimiento de las obligaciones contractuales para el beneficio de la sociedad.

Pero a diferencia de lo que se presenta en el derecho público, entre particulares la regla general no es la obligatoriedad de las garantías para asegurar el cumplimiento de las obligaciones surgidas de un contrato. En la relación entre particulares la regla general es la contraria, la voluntariedad en la constitución de esas garantías.

7.3. Formas de garantías

Se ha visto que las garantías en contratación estatal consisten en mecanismos propios del derecho ordinario, salvo algunas especificidades que se establecen por la materia en que se presentan: el derecho público. En el derecho civil y mercantil, a pesar de esa multiplicidad de formas de garantías, el contrato de seguro es el más usual, como en la materia objeto de estudio.

Corolario

Nótese como ese régimen general sobre las garantías en la contratación pública colombiana se presenta *-prima facie-* como pacífico. Empero, cuando se pretende comprender, de manera holista, su implicación en esta actividad del Estado, se encuentran serias dificultades, como el ejercicio de potestades unilaterales o la aplicación del derecho privado. Situación que obliga a su estudio integral, para a su vez- identificar su naturaleza como cláusula del contrato estatal.

CAPÍTULO II

DE LA NATURALEZA DE LAS GARANTÍAS EN EL CONTRATO ESTATAL: ¿EXPRESIÓN DE UNA FACULTAD ORDINARIA O EXCEPCIONAL DEL ESTADO?

la noción de poder público que se deriva del Estatuto Superior se fundamenta en una autoridad que la trasciende, toda vez que sólo existe y se legitima a partir de su vinculación a los fines esenciales que, según la Constitución, el Estado está llamado a cumplir

Corte Constitucional de Colombia¹³⁹

Sumario: 1. *El actual régimen jurídico del contrato estatal que celebran las entidades públicas sometidas al EGCAP.* 2. *De las cláusulas ordinarias o estipulaciones del derecho común que conforman el contrato estatal.* 3. *De las cláusulas excepcionales al derecho común y estipulaciones exorbitantes del contrato estatal.* 4. *Algunas inconsistencias teóricas de la dogmática tradicional sobre las cláusulas excepcionales.* 5. *La otra mirada a la cláusula de garantías, dentro de la tipología de estipulaciones del contrato estatal.* 6. *Implicaciones o consecuencias de nuestra teoría sobre las cláusulas excepcionales y la de garantías*

Exordio

Verificado el panorama general de las garantías en la contratación pública, corresponde -ahora- examinar su naturaleza como cláusula o estipulación específica del acuerdo que perfeccionan los entes estatales y las facultades que se derivan de ella. Para ello, es imperioso revisar el régimen del contrato en el cual se inscribe, sus estipulaciones y facultades unilaterales, identificar controversias y cuestionar las tesis que imperan sobre cláusulas y potestades excepcionales, para predicarla -exactamente- de las garantías.

¹³⁹ S C-539/99.

1. El actual régimen jurídico del contrato estatal que celebran las entidades públicas sometidas al EGCAP

1.1. Origen de la Figura

La Administración Pública está facultada, en virtud del principio de legalidad, para expedir manifestaciones unilaterales de voluntad que produzcan efectos jurídicos encaminados a cumplir sus finalidades. Dichas manifestaciones unilaterales o actos administrativos se caracterizan justamente por su unilateralidad, exorbitancia y ejecutoriedad. No obstante, aquellos actos no son la única herramienta de la que disponen los sujetos que ejercen funciones públicas administrativas para satisfacer los fines del Estado¹⁴⁰.

Así pues, a la par de los actos administrativos, la Administración Pública puede hacer uso de los hoy llamados contratos estatales. Los cuales se caracterizan por ser acuerdos de voluntades en los que participa por lo menos un sujeto perteneciente a la estructura del Estado (o considerado como ente público) y que buscan crear, modificar o extinguir obligaciones¹⁴¹.

A pesar de que la definición parece simple, se debe significar que el consenso sobre la misma no siempre ha sido pacífico. Puesto que, aún hoy, es imposible desconocer que la figura y su complejidad conceptual, ideológica y política tienen su origen en el derecho privado y eso implica que históricamente la discusión sobre

¹⁴⁰ SANTOFIMIO GAMBOA, Jaime Orlando, *Delitos de Celebración Indebida de Contratos*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2002, p. 23.

¹⁴¹ MARIENHOFF, ha definido el contrato estatal como “...*el acuerdo de voluntades, generador de obligaciones y derechos, celebrado entre un órgano del Estado, en ejercicio de las funciones administrativas que le competen, con otro órgano administrativo o un particular o administrado para satisfacer finalidades públicas*”, en *Tratado de Derecho Administrativo*, Tomo III, , Buenos Aires, Editorial Abeledo Perrot, 1989, p. 38.

la materia haya “...estado signada por un camino tortuoso de interpretaciones y concepciones contradictorias, fundadas en discusiones interminables sobre la autonomía del contrato estatal...”¹⁴².

En ese orden de ideas, se debe precisar que un viaje hacia la génesis del contrato estatal es en gran parte, también, un viaje a través de la historia del derecho administrativo. Sentada esa precisión, y con la finalidad de verificar el origen de la figura, se realizará una breve descripción de las pugnas doctrinales históricas que se presentaron en el derecho continental europeo acerca del concepto de contrato en la actividad de la Administración Pública.

En primer lugar, para abordar la cuestión, se debe partir de una premisa innegable “...el Estado siempre ha celebrado contratos...”¹⁴³. Lo que no siempre sucedió es que aquellas actuaciones de la Administración Pública estuviesen sujetas a control judicial. Dicho examen surgió como consecuencia de los cambios en el pensamiento jurídico y social que implantó la Revolución Francesa en el mundo occidental y que implicaban que el Estado debía responder (por sí mismo o a través de sus agentes) por las deficiencias de su actividad¹⁴⁴.

En aquel contexto, en la Francia *postrevolucionaria*, existía una división judicial en torno a la competencia para conocer de los litigios originados en la actividad del *príncipe*. Por un lado, de los abusos de autoridad del Estado que infligían perjuicios a los particulares conocía un tribunal especial que estaba familiarizado particularmente con los móviles y el funcionamiento de la Administración Pública. Y,

¹⁴² SANTOFIMIO GAMBOA, Jaime Orlando, *Delitos de Celebración Indebida de Contratos op. cit.*, p. 24.

¹⁴³ *Ibidem*, p. 28.

¹⁴⁴ BENAVIDES, José Luis, *El Contrato Estatal, op. cit.*, p. 224.

de otro lado, de los *incumplimientos* del Estado en relación a las gestiones, que le eran propias, conocían los tribunales ordinarios¹⁴⁵.

En lo atinente a los contratos que celebraba la Administración Pública, el derecho francés -a diferencia de otros sistemas jurídicos, que habían encuadrado históricamente los contratos que celebran los entes públicos en las regulaciones del derecho privado¹⁴⁶- dividió los contratos que celebraban las ramas del poder público en dos, (i) de una parte, los contratos privados de la administración, cuyo conocimiento avocaba la jurisdicción ordinaria y (ii) de otro lado, los contratos administrativos de cuyas controversias conocía la jurisdicción contencioso-administrativa¹⁴⁷.

Como se evidencia de lo mencionado, y de acuerdo a lo que -con acierto- señalan García de Entrerría y Fernández: “*la distinción contratos administrativos y contratos privados de la administración comienza siendo una distinción que juega exclusivamente en el plano procesal y que carece de toda trascendencia en el plano material o sustantivo*”¹⁴⁸. No obstante, esta diferenciación eminentemente adjetiva vino a derrumbarse entrado ya el siglo XX, a causa de los postulados pregonados

¹⁴⁵ SANTOFIMIO GAMBOA, Jaime Orlando, *Delitos de Celebración Indebida de Contratos op. cit.*, p. 29.

¹⁴⁶ GARCÍA DE ENTRERRÍA, Eduardo y FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón, *Curso de Derecho Administrativo*, Tomo I, Editorial Palestra-Temis, Lima-Bogotá, 2006, p. 734.

¹⁴⁷ La doctrina es unánime al señalar que las razones de esas excepciones al sistema de distribución de competencias eran puramente pragmáticas. Puesto que, aun siendo de naturaleza civil, ciertos contratos de la administración debían ser conocidos por la jurisdicción contenciosa administrativa, ya que esta era más rápida y expeditiva y conocía mejor el funcionamiento de la Administración Pública. GARCÍA DE ENTRERRÍA, Eduardo y FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón, *op. cit.*, p. 735. Y SANTOFIMIO GAMBOA, Jaime Orlando. *op. cit.* p. 28.

¹⁴⁸ GARCÍA DE ENTRERRÍA, Eduardo y FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón, *op. cit.*, p. 735.

por la escuela de Burdeos¹⁴⁹. Tradición de pensamiento que pugnaba por la sustantivación del contrato que celebraba el Estado, esto es, que aquél contrato era material -o naturalmente- diferente al de derecho privado y, por ello, debía gozar de un juez especial.

1.2. Concepto (Criterios de sustantivación)

La teoría de la escuela de Burdeos fue la primera que promovió, académicamente¹⁵⁰, la idea de que el contrato administrativo es sustancialmente diferente al contrato de derecho privado que celebra la administración porque, según JEZE (junto con DUGUIT el gran exponente de la escuela del servicio público)¹⁵¹, los contratos civiles de la administración suponen igualdad entre los co-contratantes y, por el contrario, en los contratos administrativos propiamente dichos una de las partes -el Estado- se encuentra en un peldaño superior a la contraparte; porque su fin es prestar servicios públicos y, en virtud de ello, en desarrollo de la actividad contractual podrá a través de su *potestas* constreñir a su co-contratante a ejecutar lo que sea absolutamente necesario para la continuidad y efectividad del servicio, así el particular no se haya obligado a ejecutar esas prestaciones.

Igualmente, en virtud de la citada tesis, en desarrollo de los contratos administrativos propiamente dichos, la Administración podía desconocer dos de los pilares fundamentales de los contratos de derecho privado, (i) el principio que indica que el contrato es ley para las partes -art. 1602 del CCv.- y (ii) el principio de la

¹⁴⁹ Esta escuela presidida por JEZE y DUGUIT, proponía que el derecho administrativo era singular, porque materialmente a través de él se prestaban servicios públicos y no porque con él se ejercieran actos de autoridad.

¹⁵⁰ Luego sería aplicada a través del fallo *arrêt terrier* de 6 de febrero de 1903. Cfr. LONG, Marceau, PROSPER, Weil, BRAIBANT Guy y DEVOLVÈ, Pierre, *Los Grandes Fallos de la Jurisprudencia Administrativa Francesa*, Librería Ediciones del Profesional, Bogotá, 2009, p. 106.

¹⁵¹ GARCÍA DE ENTRERRÍA, Eduardo y FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón, *op. cit.*, p. 738.

relatividad contractual -art. 1618 del CCv. Pues, en los contratos propiamente administrativos se podía vincular a terceros a la prestación del servicio público y era posible la modificación unilateral de estipulaciones contractuales. De este modo, se creó el primer criterio sustantivador del contrato estatal: el del servicio público.

Llegado el declive de la escuela del servicio público -la de Burdeos-, en el periodo entre guerras en Europa surgió una nueva tesis que buscaba justificar la diferencia entre los contratos propiamente administrativos y los de derecho privado de la Administración. Ésta tesis señalaba que el contrato administrativo era diferente al de derecho privado pues en él se aplicaban cláusulas que son totalmente extrañas al derecho común¹⁵².

En general, este criterio hacía referencia a la cláusula de caducidad, la cual consiste en otorgar a la entidad del Estado el privilegio de dar por terminado unilateralmente el contrato administrativo, en los eventos en que el contratista con incumplimientos afecte de manera grave y directa la ejecución del contrato o impliquen la paralización de la ejecución del mismo. Dicha terminación con los efectos de la sentencia judicial de resolución¹⁵³. Sin embargo, ha de significarse acá que este criterio se encuentra sujeto al del servicio público, ya que la justificación de la estipulación de las cláusulas excepcionales o exorbitantes al derecho común es que se deben imponer para garantizar la continuidad del servicio público¹⁵⁴.

En ese sentido, se puede colegir que las cláusulas exorbitantes no son lo que determina que el contrato sea administrativo, sino que son la consecuencia de ello¹⁵⁵. Lo que implica que este criterio en la actualidad no sea de recibo por la doctrina *iusadministrativista*, porque dejaría a la voluntad de las partes (que pacten

¹⁵² EXPÓSITO VÉLEZ, Juan Carlos, *La configuración del contrato de la administración pública en el derecho colombiano y español*, op. cit., p. 245.

¹⁵³ *Ibidem*.

¹⁵⁴ *Ibidem*.

¹⁵⁵ *Ibidem*, p. 145.

o no las cláusulas excepcionales) la naturaleza, régimen y normatividad aplicable al contrato¹⁵⁶.

Adicional a los criterios sustantivadores ya señalados, la doctrina especializada designa otros que no tienen estrecha relación con el devenir histórico de la sustantivación del contrato administrativo. A saber; (i) el criterio legal, según el cual serán contratos propiamente administrativos los que las normas con fuerza de ley señalen expresamente; (ii) el criterio jurisprudencial, conforme al cual serán contratos administrativos de la administración los que señalen las providencias de los altos tribunales en ejercicio de su potestad de interpretación del ordenamiento; (iii) el criterio formal, que determinará que el contrato será administrativo si en sus actos preparatorios se exigen formalidades diferentes (v.gr. procesos de selección de contratistas y actos administrativos de adjudicación) a las que se exigen en virtud del *solus consensus obligat*¹⁵⁷; y (iv) el criterio orgánico, según el cual un contrato será de derecho público si en él participa, en calidad de parte, un sujeto adscrito a la estructura del Estado¹⁵⁸.

En Colombia, se siguió el sendero que marcó la jurisprudencia europea continental, principalmente, la francesa y la española. Así pues, en nuestro país a través del D.528 de 1964 se trasladó la competencia para conocer de parte de los contratos que celebraban las entidades del Estado a la jurisdicción de lo contencioso administrativo. De tal suerte que, con aquella reforma, el legislador extraordinario implantó en Colombia la categoría de contratos administrativos y con ello, implícitamente, la de contratos privados de la administración. Esta disposición le imponía a la sala de lo contencioso administrativo del Consejo de Estado la

¹⁵⁶ ESCOBAR GIL, Rodrigo, *Teoría General de Los Contratos de la Administración Pública*, Editorial Temis, Bogotá, 1999, pp. 42-43.

¹⁵⁷ EXPÓSITO VÉLEZ, Juan Carlos, *La configuración del contrato de la administración pública en el derecho colombiano y español*, op. cit., p. 237.

¹⁵⁸ PAREJO ALFONSO, Luciano, *Lecciones de Derecho Administrativo*, Editorial Palestra-Tirant Lo Blanch, Valencia, 2007, pp. 515-517.

obligación de estudiar en cada caso su competencia para así determinar si se encontraba en el deber de fallar o debía remitir la controversia a la justicia ordinaria.

Aquella postura creó conflictos interpretativos que derivaron en la creación, 19 años después, de un criterio legal para determinar qué contratos debían ser catalogados como administrativos propiamente dichos. Con la finalidad de establecer la naturaleza de los contratos, el artículo 16 del D.222 de 1983 estipuló:

De la clasificación y de la naturaleza de los contratos. Son contratos administrativos: 1. Los de concesión de servicios públicos. 2. Los de obras públicas. 3. Los de prestación de servicios. 4. Los de suministros. 5. Los interadministrativos internos que tengan estos mismos objetos. 6. Los de explotación de bienes del Estado. 7. Los de empréstito. 8. Los de crédito celebrados por la Compañía de Fomento cinematográfico -FOCINE-. 9. Los de conducción de correos y asociación para la prestación del servicio de correo aéreo; y 10. Los que celebren instituciones financieras internacionales públicas, entidades gubernamentales de crédito extranjeras y los organismos internacionales, con entidades colombianas, cuando no se les considere como tratados o convenios internacionales.

Son contratos de derecho privado de la administración los demás, a menos que ley especial disponga en sentido contrario, y en sus efectos estarán sujetos a las normas civiles, comerciales y laborales, según la naturaleza de los mismos, salvo en lo concerniente a la caducidad.

Parágrafo. Los contratos de explotación de bienes del Estado se rigen por las normas especiales de la materia.

Como se evidencia de la lectura del artículo citado y de lo ya señalado, en vigencia del D.222 en Colombia se aplicó el criterio legal¹⁵⁹. Puesto que, el legislador extraordinario consideró que existían unas tipologías contractuales que por su importancia -en el desarrollo de las actividades estatales- debían estar sujetas a un régimen de derecho público.

Sin embargo, esta postura legal que se sustentaba en los pronunciamientos doctrinales no perduró, porque en el curso de la década de los ochenta se inició un proceso de revisión a la teoría de sustantivación del contrato administrativo. Tal revisión objetó que la “*autonomía del contrato administrativo no necesita expresarse en una singularidad radical de sus instituciones sobre las de derecho civil*”¹⁶⁰ (énfasis fuera del texto original) y, por tal motivo, de manera más sencilla y sin dramatismos, bastaría con modular las instituciones contractuales del derecho civil a los requerimientos que exige la presencia subjetiva del Estado¹⁶¹.

A causa de la mentada revisión a la teoría de la sustantivación, en Colombia con la expedición de la L.80/93 se unificó bajo la categoría de *contratos estatales* todos los acuerdos que, bajo esa normativa, celebra la Administración Pública¹⁶². Aplicando, de esa manera, el criterio orgánico que indica que de todos los contratos de los que participa un sujeto de derecho público serán conocidos por la jurisdicción contencioso-administrativa¹⁶³.

¹⁵⁹ El criterio legal en vigencia del D.222 se encontraba matizado con el criterio del servicio público, porque se consideraba que las tipologías contractuales que enlistaba eran propiamente administrativas, ya que con ellas se prestaban servicios públicos.

¹⁶⁰ GARCÍA DE ENTRERRÍA, Eduardo y FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón, *op. cit.*, p. 739.

¹⁶¹ *Ibidem*.

¹⁶² EXPÓSITO VÉLEZ, Juan Carlos, *La configuración del contrato de la administración pública en el derecho colombiano y español*, *op. cit.*, p. 255.

¹⁶³ Debe significarse que el num. 1 del art. 105 del CPACA parece romper con esta categoría unificada de “contratos estatales”, pues establece que: “...*La Jurisdicción*

Esta postura, ha sido replicada por el Consejo de Estado, quien ha señalado que sin importar la naturaleza de las prestaciones del contrato, todos los contratos que celebra la Administración Pública son contratos estatales y su contenido es juzgado por la jurisdicción contencioso-administrativa, incluso, si son celebrados por entidades públicas que en el giro ordinario de sus actividades compiten con empresas del sector privado¹⁶⁴. Así se ha pronunciado la Sección Tercera del Consejo de Estado sobre el tópico:

De este modo, son contratos estatales ‘todos los contratos que celebren las entidades públicas del Estado, ya sea que se regulen por el Estatuto General de Contratación Administrativa o que estén sujetos a regímenes especiales’, y estos últimos, donde encajan los que celebran las empresas oficiales que prestan servicios públicos domiciliarios, son objeto de control por parte del juez administrativo, caso en el cual las normas procesales aplicables a los trámites que ante éste se surtan no podrán ser otras que las del derecho administrativo y las que en particular existan para este tipo de procedimientos, sin que incida la normatividad sustantiva que se le aplique a los contratos.” De conformidad con lo anterior, se tiene entonces que en el marco del ordenamiento vigente la

*de lo Contencioso Administrativo no conocerá de los siguientes asuntos: 1. Las controversias relativas a la responsabilidad extracontractual **y a los contratos celebrados por entidades públicas que tengan el carácter de instituciones financieras, aseguradoras, intermediarios de seguros o intermediarios de valores vigilados por la Superintendencia Financiera, cuando correspondan al giro ordinario de los negocios de dichas entidades, incluyendo los procesos ejecutivos...*** (énfasis fuera del texto original). Lo que implica que el factor que hace a los “contratos estatales” estatales (su unidad de jurisdicción) no es común a los contratos que celebran las entidades públicas de carácter financiero, en el giro ordinario de sus actividades.

¹⁶⁴ *Ibidem*.



*determinación de la naturaleza jurídica de los contratos radica en el análisis particular de cada entidad, pues la naturaleza de ésta definirá, directamente, la del contrato que ha celebrado. Así pues, adquiere relevancia en este punto la naturaleza de cada entidad, por lo cual si se considera que determinado ente es estatal por contera habrá de concluirse que los contratos que la misma celebre deberán tenerse como estatales, sin importar el régimen legal que les deba ser aplicable. Esta afirmación encuentra soporte legal en el artículo 32 de la Ley 80 de 1993, disposición que al tratar de definir los contratos estatales adoptó un criterio eminentemente subjetivo u orgánico, apartándose así de cualquier juicio funcional o referido al régimen jurídico aplicable a la parte sustantiva del contrato (...)*¹⁶⁵

En síntesis, como se evidencia de la lectura de la providencia y de lo expresado en este acápite, en la actualidad en Colombia existe exclusivamente la categoría de contratos estatales, los cuales tendrán esa denominación por la simple participación de un sujeto de derecho público -en calidad de parte- sin importar la naturaleza de las prestaciones objeto de la convención. Y, según lo dispuso el art. 1 de la

¹⁶⁵ CE, SCA, Secc, 3ra, S 31/03/11, Rad. 16246.

L.1107/06¹⁶⁶ y, ahora, el art. 104 del CPACA¹⁶⁷, de las controversias que se susciten en su celebración, ejecución, terminación y liquidación conoce la jurisdicción contencioso-administrativa.

1.3. Clases de contratos estatales

Como se ha resaltado en las líneas precedentes, en la actualidad, en Colombia, todos los contratos que celebran las entidades adscritas o vinculadas al Estado son denominados estatales. Esta postura implica un cambio sustancial en la forma en que se estudia la figura, ya que sin importar la naturaleza de las prestaciones objeto del contrato y el régimen jurídico concreto aplicable, todos los acuerdos recibirán la

¹⁶⁶ “...Objeto de la jurisdicción de lo contencioso administrativo. La jurisdicción de lo contencioso administrativo está instituida para juzgar las controversias y litigios originados en la actividad de las entidades públicas incluidas las sociedades de economía mixta con capital público superior al 50% y de las personas privadas que desempeñen funciones propias de los distintos órganos del Estado. Se ejerce por el Consejo de Estado, los tribunales administrativos y los juzgados administrativos de conformidad con la Constitución y la ley.

Esta jurisdicción podrá juzgar, inclusive, las controversias que se originen en actos políticos o de Gobierno.

La jurisdicción de lo contencioso administrativo no juzga las decisiones proferidas en juicios de policía regulados especialmente por la ley. Las decisiones jurisdiccionales adoptadas por las Salas Jurisdiccionales Disciplinarias del Consejo Superior de la Judicatura y de los Consejos Seccionales de la Judicatura, no tendrán control jurisdiccional...”

¹⁶⁷ “...La Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo está instituida para conocer, además de lo dispuesto en la Constitución Política y en leyes especiales, de las controversias y litigios originados en actos, contratos, hechos, omisiones y operaciones, sujetos al derecho administrativo, en los que estén involucradas las entidades públicas, o los particulares cuando ejerzan función administrativa...”

misma denominación. En ese sentido, se encuentra pertinente citar el art. 32 de la L.80/93:

De los Contratos Estatales. Son contratos estatales todos los actos jurídicos generadores de obligaciones que celebren las entidades a que se refiere el presente estatuto, previstos en el derecho privado o en disposiciones especiales, o derivados del ejercicio de la autonomía de la voluntad, así como los que, a título enunciativo, se definen a continuación (...)

Como se constata, el artículo citado realiza un remisión a las entidades a las que “...se refiere este estatuto...”, las cuales se enuncian en el artículo 2º, que en resumen son aquellas naturalmente adscritas o vinculadas a la administración general del Estado¹⁶⁸, a nivel nacional y territorial. En atención a este paradigma, el Consejo de Estado ha señalado que, a pesar de que la ley de contratación englobó todos los contratos que celebran los órganos de la Administración Pública en la categoría de contratos estatales, los mismos se pueden clasificar en dos grupos: los contratos estatales que se someten al estatuto general y los contratos estatales a los que se aplica un régimen de derecho privado¹⁶⁹.

En todo caso, salvo norma procesal especial en contrario, de las controversias que se susciten en cualquiera de los dos regímenes de contratación estatal conocerá, por regla, la jurisdicción contencioso-administrativa¹⁷⁰. Con la finalidad de dar claridad sobre este punto es conveniente citar la postura del Consejo de Estado, así:

(...) es posible identificar dos grandes categorías de actos contractuales: 1ª Contratos estatales, propiamente dichos, que son

¹⁶⁸ EXPÓSITO VÉLEZ, Juan Carlos, *La configuración del contrato de la administración pública en el derecho colombiano y español*, op. cit., p. 227.

¹⁶⁹ Recordando que no hay régimen puro, *supra*, pp. 10-11.

¹⁷⁰ Véase el art. 104 del CPACA.

aquellos que celebran las entidades públicas a que se refiere la ley 80 de 1993, y que por ende se regulan íntegramente por el régimen establecido en esta ley. Por regla general, adquieren este carácter en razón del ente público contratante, es decir, se definen desde el punto de vista orgánico. Las controversias que se deriven de este tipo de contratos y de los procesos de ejecución o cumplimiento serán de conocimiento de la jurisdicción contenciosa administrativa.^{2ª} Contratos especiales sujetos a un régimen legal propio. Por regla general, el juez a quien compete conocer de sus controversias es el juez administrativo, en razón de que su celebración y ejecución constituye una actividad reglada, es decir, es el ejercicio pleno de una función administrativa, de conformidad con el art. 82 del C.C.A. antes referido. De lo anterior, es jurídicamente viable considerar que la categoría “contratos estatales” no puede quedar exclusivamente referida a los actos contractuales que celebren las entidades del Estado relacionadas en la ley 80 de 1993, sino que habría que reconocer que desde el punto de vista material y técnico formal, constituye una acertada categoría jurídica que tiene la virtud de englobar todos los contratos que celebren las entidades públicas del Estado, ya sea que se regulen por el Estatuto General de Contratación Administrativa o que estén sujetos a regímenes especiales (...) ¹⁷¹

En síntesis, se puede inferir de lo reseñado que en Colombia hay dos tipos de contratos estatales: i) los que se encuentran regulados residualmente en; su formación; celebración; ejecución; terminación y liquidación por EGCAP (L.80/93, L.1150/07 y demás normas atinentes) y ii) los que se encuentran regulados en su integridad por las normas de derecho privado, más concretamente, que encuentran la regulación del régimen obligacional de los contratos en el C.Cv. y el C.Co.

¹⁷¹ CE, SCA, Secc. 3ra, A 20/08/98, Rad. 14202.

Sentado lo anterior, emerge el cuestionamiento acerca de a cuáles entidades se les aplica el régimen del estatuto general y a cuales el régimen del derecho privado. Para solventar ese cuestionamiento, en primer lugar, se debe señalar que la regla general es que a los entidades del Estado se les aplican las normas de derecho privado y residualmente las del estatuto general. Sin embargo, existen unos regímenes especiales o autónomos y otros exceptuados de las disposiciones del estatuto.

La diferenciación entre las normativas aplicables a la que se ha hecho referencia se puede presentar por: (i) la existencia de regímenes exceptuados de la aplicación del EGCAP, creados directamente por el constituyente, por ejemplo, el régimen contractual del Banco de la República¹⁷² o los contratos con entidades privadas sin ánimo de lucro¹⁷³; ii) la existencia de regímenes exentos de la aplicación del EGCAP que él mismo establece expresamente, como los contratos de instituciones financieras -exceptuado del estatuto por el par. 1 del art. 32¹⁷⁴-, los que se celebran con organismos internacionales incluidas en la ley de Contratación, cuando la Cooperación no supere el 50% de la contrapartida nacional¹⁷⁵; iii) los regímenes

¹⁷² La contratación del Banco de la República fue regulada por la L.31692.

¹⁷³ C.Pol., art. 355. y D.777/92.

¹⁷⁴ Modificado por el art. 15 de la L.1150/07.

¹⁷⁵ GÓMEZ LEE, Iván Darío, *Causales y Nuevo Procedimiento en la Contratación Directa*, Editorial Legis, Bogotá, 2012, p. 37.

exceptuados que introdujo la L.1150/07, en sus arts. 14¹⁷⁶, 15¹⁷⁷ y 16¹⁷⁸ y, por último, iv) los regímenes especiales donde, por ejemplo, la normativa que rige a la entidad -en sentido orgánico- en materia contractual referente al giro ordinario de sus funciones es la de derecho común, aunque de sus controversias contractuales conoce la jurisdicción contencioso-administrativa¹⁷⁹.

Esos contratos estatales que celebran las entidades abarcadas por esa legislación específica diferente a la del EGCAP se pueden clasificar, a su vez, en dos grupos según el origen de su excepcionalidad: En algunos casos su especialidad proviene de legislaciones anteriores a la promulgación del estatuto general como la de recursos naturales y las de telecomunicaciones, las cuales se reconocen como

¹⁷⁶ “*Las Empresas Industriales y Comerciales del Estado, las Sociedades de Economía Mixta en las que el Estado tenga participación superior al cincuenta por ciento (50%), sus filiales y las Sociedades entre Entidades Públicas con participación mayoritaria del Estado superior al cincuenta por ciento (50%), estarán sometidas al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, con excepción de aquellas que desarrollen actividades comerciales en competencia con el sector privado y/o público, nacional o internacional o en mercados regulados, caso en el cual se regirán por las disposiciones legales y reglamentarias aplicables a sus actividades económicas y comerciales, sin perjuicio de lo previsto en el artículo 13 de la presente ley. Se exceptúan los contratos de ciencia y tecnología, que se regirán por la L 29 de 1990 y las disposiciones normativas existentes.*”

¹⁷⁷ “...Los Contratos que celebren los Establecimientos de Crédito, las compañías de seguros y las demás entidades financieras de carácter estatal, no estarán sujetos a las disposiciones del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública y se regirán por las disposiciones legales y reglamentarias aplicables a dichas actividades...”

¹⁷⁸ “Los contratos que celebren Satena, Indumil, El Hotel Tequendama, la Corporación de Ciencia y Tecnología para el desarrollo de la industria naval, marítima y fluvial -Cotecmar- y la Corporación de la Industria Aeronáutica Colombiana -CIAC-, no estarán sujetos a las disposiciones del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública y se regirán por las disposiciones legales y reglamentarias aplicables a su actividad...”

¹⁷⁹ Tal como lo establece el num. 2 del art. 104 del CPACA.

especiales en los artículos 33 a 38 y 75 de la L80/93. O, en otros casos, la especialidad proviene de la restricción legal a la aplicación del estatuto general que la Ley concedió a las entidades que presten servicios de salud o servicios de educación, en calidad de universidades públicas, o se encarguen de la prestación de los llamados servicios públicos domiciliarios. En tales eventos, dichos regímenes, exceptuados o especiales, se encuentran armonizados por el artículo 13 de la L.1150/07 a los principios de la función administrativa derivados del art. 209 de la C.Pol. y del art. 3 del CPACA.

Realizadas estas precisiones acerca de las clases de contrato estatal, se debe resaltar que este escrito se centrará en los contratos estatales que se encuentran regulados por las disposiciones del estatuto general. En atención a esa precisión, se destaca que en adelante se enunciarán las vicisitudes o modulaciones contractuales que se presentan en aplicación de los contratos estatales regulados por la L.80 y demás normas atinentes.

1.4. *Formación del contrato estatal*

El contrato -como con acierto- lo ha definido el artículo 864 del C.Co. es: *“un acuerdo de dos o más partes para constituir, regular o extinguir entre ellas una relación jurídica patrimonial...”* La mentada definición se puede hacer extensible al contrato estatal, con unas precisiones. Puesto que la definición que a los *iusadministrativistas* nos provee el art. 32 de la L.80/93 no goza de total lucidez, porque el legislador establece que *“...son contratos estatales todos los actos jurídicos generadores de obligaciones...”* y, de esa manera, confunde el género; de actos jurídicos con la especie; de contratos.

En ese orden de ideas, con el propósito de tener certeza sobre el concepto de contrato estatal, se debe acudir a la definición que entrega Marienhoff, quien afirma que es: *“el acuerdo de voluntades, generador de obligaciones y derechos, celebrado entre un órgano del Estado, en ejercicio de las funciones administrativas que le*

competen, con otro órgano administrativo¹⁸⁰ o un particular o administrado para satisfacer finalidades públicas¹⁸¹.

Una vez precisado el concepto de contrato estatal, es pertinente indicar que la formación del consentimiento o acuerdo de voluntades encuentran formalidades diferentes en el contrato regido por el derecho privado y el contrato regido por el EGCAP. En ese sentido, se debe manifestar que el asunto de las formalidades para la formación del consentimiento en el derecho privado está regulado ampliamente en las reglas que rigen la oferta y su aceptación en el C.Co. No obstante, es claro que el mero acuerdo de voluntades da existencia al contrato en los eventos en que en la oferta, del futuro vínculo, se señalen los elementos esenciales del negocio jurídico a celebrar¹⁸². Y aquella oferta es aceptada pura y simplemente por el destinatario.

Por el contrario, para que se forme regularmente el consentimiento en los contratos estatales se requieren diferentes formalidades previas, a saber: i) planeación precontractual, ii) selección objetiva del contratista y iii) adjudicación del contrato. En primer lugar, en lo que refiere a la planeación precontractual, se debe decir que la misma es un principio orientador de la actividad estatal consagrado en los artículos 209, 339 y 341¹⁸³ de la C.Pol. También, se podría significar que en general

¹⁸⁰ Entendemos aquí, desde la perspectiva material, todo órgano que ejerce función administrativa estatal.

¹⁸¹ MARIENHOFF, Miguel, *Tratado de Derecho Administrativo*, Tomo III, Buenos Aires, Editorial Abeledo Perrot, 1989, p. 38.

¹⁸² *Cfr.: Art. 845 del CCo.: La oferta o propuesta, esto es, el proyecto de negocio jurídico que una persona formule a otra, deberá contener los elementos esenciales del negocio y ser comunicada al destinatario. Se entenderá que la propuesta ha sido comunicada cuando se utilice cualquier medio adecuado para hacerla conocer del destinatario.*

¹⁸³ CE, SCA, Secc. 3ra, Sub. C, S 24/04/13, Rad. 68001-23-15-000-1998-01743-01(27315)

el principio de planeación implica -por parte de la entidad- la adopción de estrategias, lineamientos y procedimientos que permitan satisfacer la necesidad del servicio público. En concreto, sin dar mayores detalles, la planeación precontractual se materializa en las siguientes actividades: Delimitación de la necesidad pública, estudio de conveniencia y oportunidad, obtención de permisos y licencias, análisis de condiciones de mercado, cumplimiento de requisitos presupuestales y determinación de los posibles riesgos en la futura ejecución del contrato¹⁸⁴.

La omisión de la adopción de esas medidas y, en general, de la utilización de la planeación puede conllevar la nulidad absoluta del futuro contrato, tal como lo indica el Consejo de Estado:

De acuerdo con el deber de planeación, los contratos del Estado “deben siempre corresponder a negocios debidamente diseñados, pensados, conforme a las necesidades y prioridades que demanda el interés público; en otras palabras, el ordenamiento jurídico busca que el contrato estatal no sea el producto de la improvisación ni de la mediocridad (...)” “La planeación se vincula estrechamente con el principio de legalidad, sobre todo en el procedimiento previo a la formación del contrato (...) Pero además ese parámetro de oportunidad, entre otros fines, persigue establecer la duración del objeto contractual pues esta definición no sólo resulta trascendente para efectos de la inmediata y eficiente prestación del servicio público, sino también para precisar el precio real de aquellas cosas o servicios que serán objeto del contrato que pretende celebrar la administración (...) De otro lado, el cumplimiento del deber de planeación permite hacer efectivo el principio de economía, previsto en la Carta y en el artículo 25 de la Ley 80 de 1993, porque precisando la oportunidad y por ende teniendo la entidad estatal un

¹⁸⁴ EXPÓSITO VÉLEZ, Juan Carlos, *Forma y Contenido del Contrato Estatal*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2013, p. 54.

conocimiento real de los precios de las cosas, obras o servicios que constituyen el objeto del contrato, podrá no solamente aprovechar eficientemente los recursos públicos sino que también podrá cumplir con otro deber imperativo como es el de la selección objetiva (...) Así que entonces en este caso se estará en presencia de un contrato con objeto ilícito porque se está contraviniendo las normas imperativas que ordenan que los contratos estatales deben estar debidamente planeados para que el objeto contractual se pueda realizar y finalmente se pueda satisfacer el interés público que envuelve la prestación de los servicios públicos¹⁸⁵

En segundo lugar, en sede de estudio de las formalidades previas a la constitución del consentimiento en los contratos estatales, se hará mención al procedimiento de selección objetiva del contratista. En tal sentido, es posible afirmar que la escogencia de los colaboradores de la Administración Pública se constituye como la materialización y expresión de la voluntad del Estado, con la observancia de procedimientos establecido previamente por la Ley¹⁸⁶.

Tales procedimientos legales en la actualidad son cinco, a saber: (i) La licitación pública, (ii) la selección abreviada, (iii) el concurso de méritos, (iv) la contratación directa y (v) la contratación de mínima cuantía. En lo que refiere a la licitación pública, es útil resaltar que es el procedimiento de selección de contratistas por excelencia¹⁸⁷, de hecho, al momento de expedirse la L.80 de 1993, junto al concurso público, era el único mecanismo existente.

¹⁸⁵ CE, SCA, Secc. 3ra, Sub. C, S 24/04/13, Rad. 68001-23-15-000-1998-01743-01(27315)

¹⁸⁶ ESCOBAR GIL, Rodrigo, *op. cit.*, p. 145.

¹⁸⁷ Constituyéndose en la regla general, que -en todo caso, según la actual normativa- debe ceder ante las modalidades especiales.

Adicionalmente, la licitación pública ha sido definida por el párrafo del artículo 30 de la citada L.80 como *“el procedimiento mediante el cual la entidad estatal formula públicamente una convocatoria para que, en igualdad de oportunidades, los interesados presenten sus ofertas y seleccione entre ellas la más favorable”* y, en similar sentido a lo ya expresado, el art. 2 del num. 1 de la L.1150/07 establece que: *“La escogencia del contratista se efectuará por regla general a través de licitación pública, con las excepciones que se señalan en los numerales 2, 3 y 4 del presente artículo”*.

Entonces, sin profundizar en las distintas modalidades de selección, se señalará (para reconocer la importancia de las etapas previas al perfeccionamiento del contrato) que la inobservancia de los procedimientos establecidos en el art. 2 de la L.1150/07 y el D.1082/15, pueden conllevar a la nulidad absoluta del futuro contrato por desviación de poder en la actuación administrativa precontractual o infracción a las normas legales en que debe fundarse toda actuación administrativa, en el sentido de que se incurre en una prohibición, de adjudicar el contrato por la vía no preestablecida¹⁸⁸.

La finalidad de estos procedimientos *“...es conformar el consentimiento del negocio jurídico estatal, que se consolida con el llamado perfeccionamiento del contrato*

¹⁸⁸ Cfr. Artículo 44 de la L.80 de 1993: *De las Causales de Nulidad Absoluta. Los contratos del Estado son absolutamente nulos en los casos previstos en el derecho común y además cuando:*

1o. Se celebren con personas incurras en causales de inhabilidad o incompatibilidad previstas en la Constitución y la ley; 2o. Se celebren contra expresa prohibición constitucional o legal. 3o. Se celebren con abuso o desviación de poder. 4o. Se declaren nulos los actos administrativos en que se fundamenten; y 5o. Se hubieren celebrado con desconocimiento de los criterios previstos en el artículo 21 sobre tratamiento de ofertas nacionales y extranjeras o con violación de la reciprocidad de que trata esta Ley.

estatal...¹⁸⁹” A través de la publicación de documentos precontractuales en los cuales las partes acuerdan las condiciones en que se va a desarrollar la actividad contractual.

Una vez la Administración Pública ha realizado la elección de su futuro contratista esta se lo notificará a él, y a los demás interesados, a través de un acto administrativo de adjudicación, sobre el cual se profundizará a continuación. Salvo en los procedimientos directos (en los que, por regla, no hay pluralidad de oferentes) y de mínima cuantía (en el cual sólo se le comunicará la aceptación de la oferta)

Por último, como ya se indicó, se procederá a describir la última formalidad previa al perfeccionamiento del contrato estatal regido por el EGCAP, esto es, la adjudicación del contrato al futuro contratista -adjudicatario-. Este acto administrativo “obliga a la entidad y al adjudicatario”, como señala el artículo 9º de la L.1150 y entre esas obligaciones que surgen entre las partes se destacan:

- a) El derecho subjetivo de este último para contratar con el Estado;*
- b) Deber jurídico correlativo del ente administrativo de celebrar el acto jurídico con el adjudicatario, lo que explica que el licitante no pueda hacerlo con otro que no sea éste...*
- c) Derecho del adjudicatario a la indemnización de daños y perjuicios si el centro de imputación jurídica licitante, antes de la perfección del contrato, desiste de la celebración de éste, sin la autorización expresa y escrita dada por el adjudicatario.*¹⁹⁰

Como se evidencia, el acto de adjudicación sería semejable a la figura de promesa de compraventa que existe en el derecho civil, toda vez que es un acto jurídico que genera la obligación para las partes de celebrar un futuro contrato. Sin embargo, la

¹⁸⁹ SANTOFIMIO GAMBOA, Jaime Orlando, *Delitos de Celebración Indebida de Contratos*, op. cit., p. 196.

¹⁹⁰ CE, SCA, Secc. 3ra, S 05/07/90, Rad. 5556.

doctrina no suele referirse en esos términos a esta variante jurídica. Adicional a esto, de acuerdo al art. 9 de la L.1150, se debe significar que si la entidad, dentro del plazo comprendido entre la adjudicación del contrato y la suscripción del mismo, identifica que el adjudicatario está incurso en causales de inhabilidad sobrevenida o si demuestra que el acto administrativo de adjudicación lo obtuvo por medios ilegales podrá revocar aquel acto administrativo.

En conclusión, se tiene que la adjudicación se erige como el consentimiento del futuro contrato, pues constituye la aceptación de la oferta por parte de la entidad y deja pendiente la producción de efectos del contrato estatal a la firma del documento en el cual se exprese el acuerdo sobre el objeto del contrato y la contraprestación.

1.5. *Perfeccionamiento del Contrato estatal*

En relación al perfeccionamiento de los contratos, en el derecho civil, el art. 1500 del C.Cv. se encarga de clasificarlos de la siguiente manera:

El contrato es real cuando, para que sea perfecto, es necesaria la tradición de la cosa a que se refiere; es solemne cuando está sujeto a la observancia de ciertas formalidades especiales, de manera que sin ellas no produce ningún efecto civil; y es consensual cuando se perfecciona por el solo consentimiento.

Se sigue de la lectura del artículo citado que, según el perfeccionamiento, existen tres tipos de contrato: El real, el solemne y el consensual. Sin embargo, se debe precisar que la regla general es que los contratos que se celebren en el derecho privado son consensuales¹⁹¹.

No obstante lo anterior, el ordenamiento prevé que algunos contratos se perfeccionen después de la aplicación de ciertas formalidades y, por tal motivo, en

¹⁹¹ OSPINA FERNÁNDEZ, Guillermo y OSPINA ACOSTA, Eduardo, *Teoría general del contrato y el negocio jurídico*, Editorial Temis, Bogotá, 2005, pp. 230-232.

la legislación colombiana se registran tres categorías distintas de formalismos: (i) las formalidades *Ad Solemnitatem*, (ii) las formalidades *Ad Probationem*, y (iii) las formalidades *Ad Voluntatem*. El primer grupo de formalidades son aquellas sin las cuales no existe el contrato que intentaron celebrar las partes. Sin embargo, es importante mencionar que las formalidades encontradas en nuestro ordenamiento no son uniformes, es decir, existe una gran diversidad de solemnidades que solo tienen como punto común ser una exigencia que impone la Ley para la existencia del negocio jurídico que pretenden las partes¹⁹².

El segundo grupo son aquellas solemnidades que servirán para constituir prueba de la existencia y contenido del contrato, pero en ningún momento determinan o no la existencia del mismo y, por último, el tercer grupo de formalidades implica que las partes pueden diferir los efectos del contrato que pretenden celebrar a un gravamen o formalidad impuesta por su propia voluntad, precisando que estas disposiciones solo podrán suplir o agregar requisitos a las normas dispositivas, pero de ninguna manera derogar o subrogar requisitos que imponen las normas imperativas o de orden público.

En materia de contratación estatal colombiana, el artículo 41 de la L.80/93, modificado por la L.1150/07, es el que determina cuáles son los requisitos de perfeccionamiento del contrato estatal, de la siguiente manera:

Los contratos del Estado se perfeccionan cuando se logre acuerdo sobre el objeto y la contraprestación y éste se eleve a escrito.

(...) Para la ejecución se requerirá de la aprobación de la garantía y de la existencia de las disponibilidades presupuestales correspondientes, salvo que se trate de la contratación con recursos de vigencias fiscales futuras de conformidad con lo previsto en la ley orgánica del presupuesto. El proponente y el contratista deberán acreditar que se encuentran al día en el pago de aportes

¹⁹² *Ibídem.*

parafiscales relativos al Sistema de Seguridad Social Integral, así como los propios del Sena, ICBF y Cajas de Compensación Familiar, cuando corresponda.(subrayado fuera de texto)

La interpretación del citado artículo es un tópico controversial en el ámbito *iusadministrativista*, ya que entre los doctrinantes no se logra establecer un acuerdo acerca de la categoría de formalismo que es el escrito que impone la disposición analizada. Así por ejemplo, Expósito Vélez considera que el contrato del Estado regulado por el estatuto general es consensual y el escrito que exige el artículo estudiado es una formalidad *ad probationem*¹⁹³. Expósito para sustentar dicha afirmación arguye que el artículo 41 de la L. 80/93 exige el acuerdo sobre el objeto y la contraprestación “*amen de llevarlo a escrito, pero para efectos probatorios*”.

De otro lado, el grueso de los tratadistas considera al contrato estatal como un acuerdo de voluntades solemne. Sin embargo, tampoco son unánimes las posturas entre este sector de la doctrina, ya que algunos de los autores derivan de la exégesis del art. 41 que la única solemnidad en los contratos es elevar a escrito el consentimiento¹⁹⁴.

Empero, dentro del mismo sector doctrinal hay tratadistas que difieren de la postura que considera el escrito como única solemnidad del contrato estatal. Entre los autores que consideran que existen solemnidades adicionales al escrito se encuentran, por ejemplo, SANTAELLA QUINTERO, quien arguyendo que las formas que dan existencia al contrato del Estado son el acuerdo de voluntades -elevado a escrito- y la existencia previa de la partida presupuestal correspondiente al valor del objeto contratado¹⁹⁵. Esta afirmación la infiere SANTAELLA QUINTERO

¹⁹³ EXPÓSITO VÉLEZ, Juan Carlos, *La configuración del contrato de la administración pública en el derecho colombiano y español*, op. cit., p. 258.

¹⁹⁴ ESCOBAR GIL, Rodrigo, op. cit., p. 221.

¹⁹⁵ SANTAELLA QUINTERO, Héctor, *La forma del Contrato Estatal: Algunas Reflexiones sobre la incidencia del Estatuto Orgánico del Presupuesto sobre el*

de las disposiciones incorporadas a nuestro ordenamiento por el art. 71 del EOP que prescribe lo siguiente:

Todos los actos administrativos que afecten las apropiaciones presupuestales deberán contar con certificados de disponibilidad previos que garanticen la existencia de apropiación suficiente para atender estos gastos.

Igualmente, estos compromisos deberán contar con registro presupuestal para que los recursos con él financiados no sean desviados a ningún otro fin.

En este registro se deberá indicar claramente el valor y el plazo de las prestaciones a las que haya lugar. Esta operación es un requisito de perfeccionamiento de estos actos administrativos.

En consecuencia, ninguna autoridad podrá contraer obligaciones sobre apropiaciones inexistentes, o en exceso del saldo disponible, o sin la autorización previa del Confis o por quien éste delegue, para comprometer vigencias futuras y la adquisición de compromisos con cargo a los recursos del crédito autorizados (...)

Es así como para este sector de la doctrina se coligió de la lectura del citado artículo que el legislador adicionó requisitos de perfeccionamiento a los estipulados en 1993 por el artículo 41 de la L. 80. Dicha conclusión subyace por cuanto, para estos autores, todo contrato estatal es una especie del género acto administrativo y, por ende, toda disposición que afecte a los actos administrativos afectará también a los contratos administrativos.

SANTAELLA indica que el artículo 150 de la C.Pol. es la cláusula que radicó en cabeza del Congreso de la República la facultad de expedir un estatuto general de

Perfeccionamiento de los Contratos del Estado, Revista de Derecho Fiscal N° 3, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2006.

contratación para el Estado. Por ende, en criterio de este autor, la disposición del EOP tiene efecto tanto en los hechos, las operaciones, las omisiones y los contratos de la administración, a saber: Condicionar el surgimiento de la obligación a su efectiva verificación. Ya que, ambos instrumentos normativos, el estatuto orgánico del presupuesto y el EGCAP, han sido proferidos por el mismo órgano legislativo¹⁹⁶.

Además, SANTAELLA arguye que, para favorecer la aplicación del principio de planeación contractual que prescribe el art. 24 de la L.80/93, la exigencia previa al perfeccionamiento del contrato de una partida presupuestal se hace indispensable. Dado que, de otra forma, se fomentaría la celebración de contratos que posteriormente la administración no podría cumplir¹⁹⁷.

En síntesis, a lo que atañe a las posturas de la doctrina de la contratación estatal colombiana sobre el contrato estatal, se puede establecer que la mayoría de la doctrina de la contratación pública colombiana considera al contrato del Estado como un contrato solemne, y la solemnidad es elevar a escrito el acuerdo sobre el objeto y la contraprestación sobre la cual versará el contrato.

En atención a esa controversia, el CE la ha zanjado indicando que la formalidad que da existencia al contrato que celebra la Administración Pública es que haya acuerdo de voluntades entre las partes y éste se eleve a escrito¹⁹⁸, sin otras, como el registro presupuestal, que hace a su ejecución.

Entonces, se puede concluir que (desde nuestra perspectiva, que sigue el precedente del CE) los requisitos de perfeccionamiento del contrato estatal regulado

¹⁹⁶ *Ibidem*.

¹⁹⁷ *Ibidem*.

¹⁹⁸ CE, SCA, Secc. 3ra, S 28/09/06, Rad. 73001-23-31-000-1997-05001-01(15307) y S 06/04/00, Rad. 12775.

por el EGCAP son: el acuerdo¹⁹⁹ sobre el objeto del contrato y la contraprestación, y que ello se eleve a escrito.

1.6. *Requisitos de ejecución del contrato estatal*

Una vez perfeccionado el contrato se establecen unas nuevas formalidades previas al inicio de la ejecución de las prestaciones objeto del mismo, estas formalidades que la ley denomina requisitos de ejecución son, por regla, dos: (i) la aprobación de la garantía y (ii) ahora sí, la existencia de las disponibilidades presupuestales correspondientes.

Como ya se indicó, el CE ha zanjado la controversia acerca de la naturaleza de la disponibilidad presupuestal y ha determinado que la misma es requisito de ejecución. De otro lado, en cuanto a la aprobación de garantía, en este acápite solo se señalará que previo a la autorización de ejecución de las prestaciones contractuales por parte del contratista, la entidad deberá cotejar que el contenido de las garantías este acorde con las necesidades del objeto del contrato y lo estipulado en éste, siguiendo las directrices del EGCAP y el reglamento. Sin embargo, se aclara que se estudiará a profundidad el contenido de la denominada “cláusula de garantía” en los acápites venideros. Aquí se encuentra otra importancia de ella; se itera, hace a la ejecución del contrato.

Por último, ha de señalarse que, en ejercicio de la autonomía de la voluntad, las partes pueden estipular otros requisitos de ejecución adicionales a los que establece el inciso 2 del art. 41 de la L. 80/93, modificado por el art. 23 de la L.1150/07, como, por ejemplo, suscripción de actas de inicio de ejecución, aprobación de cronograma de trabajo y desembolsos de anticipos y pagos anticipados²⁰⁰.

¹⁹⁹ Acuerdo que debe satisfacer los requisitos de la esencia del contrato, que se encuentran en el C.Cv.

²⁰⁰ EXPÓSITO VÉLEZ, Juan Carlos, *Forma y Contenido del Contrato Estatal*, op. cit., p. 80.

Estos requisitos voluntarios operan, conforme a su finalidad, previo a la ejecución de contratos de tracto sucesivo o diferido. Dado que, en los contratos de ejecución instantánea las obligaciones nacen y se extinguen en un mismo momento en el tiempo.

Por último, cabe destacar que la doctrina y la jurisprudencia no han analizado a profundidad las consecuencias del incumplimiento en los requisitos de ejecución por parte de los co-contratantes, esto es, que si las mismas constituyen un incumplimiento grave pasible de uso de la potestad de caducidad, por parte de la administración, o de la solicitud de excepción de contrato no cumplido por parte del contratista.

1.7. Clausulado del contrato estatal

En relación al contenido del contrato estatal el art. 40 de la L.80/93 enseña:

Del Contenido del Contrato Estatal. Las estipulaciones de los contratos serán las que de acuerdo con las normas civiles, comerciales y las previstas en esta Ley, correspondan a su esencia y naturaleza.

Las entidades podrán celebrar los contratos y acuerdos que permitan la autonomía de la voluntad y requieran el cumplimiento de los fines estatales.

En los contratos que celebren las entidades estatales podrán incluirse las modalidades, condiciones y, en general, las cláusulas o estipulaciones que las partes consideren necesarias y convenientes, siempre que no sean contrarias a la Constitución, la ley, el orden público y a los principios y finalidades de esta Ley y a los de la buena administración.

En los contratos de empréstito o cualquier otra forma de financiación de organismos multilaterales, podrán incluirse las



previsiones y particularidades contempladas en los reglamentos de tales entidades, que no sean contrarias a la Constitución o a la ley.

Parágrafo.- En los contratos que celebren las entidades estatales se podrá pactar el pago anticipado y la entrega de anticipos, pero su monto no podrá exceder del cincuenta por ciento (50%) del valor del respectivo contrato.

Como se constata de la lectura del artículo citado, en los contratos estatales regulados por el EGCAP se podrá estipular lo que sea de la esencia o de la naturaleza del contrato, de acuerdo a las normas del derecho privado y las normas que regulan la contratación estatal, es decir, el mismo estatuto.

Sentado esto, y con la finalidad de dar claridad sobre el contenido o clausulado que puede adoptar el contrato estatal, se expondrán las cláusulas que se pueden incluir en los mismos organizadas en dos grandes grupos. A saber: La clasificación de las cláusulas que se hace en el derecho privado y las -hoy llamadas- cláusulas excepcionales.

El primer grupo de cláusulas, se puede dividir a su vez en tres subgrupos, tal y como lo establece el art. 1501 del CCv. Disposición que especifica que “*se distinguen en cada contrato las cosas que son de su esencia, las que son de su naturaleza, y las puramente accidentales*”.

En ese orden de ideas, se precisa que las cosas o cláusulas que son de la naturaleza del contrato -según el artículo 1501 del CCv.- son aquellas sin las cuales el contrato no producirá ningún efecto o lo degeneran en una tipología contractual diferente al pretendido por las partes. Es importante destacar que, según la tipología contractual, estos elementos esenciales son requisitos de existencia del contrato.



Así, por ejemplo, un contrato oneroso²⁰¹ en el cual no se pacte el precio podría implicar la inexistencia del acuerdo de voluntades.

De otro lado, las cosas o cláusulas naturales de un contrato según el artículo en cita son aquellas que le pertenecen a él, sin necesidad que las partes las pacten expresamente, esto es, que se entienden envueltas en los contratos o incorporadas imperativamente por la Ley, aún ante el silencio de las partes.

Por último, en materia del tipo de cláusulas que señala el mismo artículo y que permite el art. 40 de la L.80/93 en los contratos estatales regulados por el EGCAP, se hará referencia a los elementos contractuales accidentales, los cuales no son de la esencia ni de la naturaleza del contrato y que se agregan a él en virtud de la voluntad de las partes, siempre y cuando no trasgredan las prohibiciones que establecen la ley y la constitución.

El segundo grupo de estipulaciones, las denominadas cláusulas excepcionales, está compuesto, de manera formal, por las que son expresamente señaladas por el EGCAP en los arts. 15 y ss. de la L.80/93 y que han sido otorgadas a la administración para disciplinar el cumplimiento del objeto del contrato, obviando así la igualdad entre las partes que presupone la institución contractual en el derecho privado²⁰².

En relación al tipo de estipulación que son estas cláusulas se debe significar que las mismas pueden ser esenciales, naturales o accidentales, de acuerdo a la clasificación que ofrece el derecho privado. Puesto que, en algunos eventos es obligatoria su inclusión en el clausulado del convenio a celebrar y son aplicables aún ante el silencio de las partes, en otros eventos las partes están facultadas para incluirlas o no como estipulación del contrato sin consecuencia alguna y, en un

²⁰¹ Contrato oneroso es un negocio jurídico con utilidad económica para los co-contratantes.

²⁰² SANTOFIMIO GAMBOA, Jaime Orlando, *Delitos de Celebración Indebida de Contratos*, op. cit. p. 327.

último evento, se encuentra el caso de la cláusula de reversión, la cual es de la esencia del contrato de concesión de bienes del Estado y, ahora, también de APP²⁰³.

Ahora bien, las denominadas cláusulas excepcionales constituyen el principal medio del que disponen la entidades estatales para cumplir con el objeto del contrato, y a través de la satisfacción de éste se cumplen a su vez los fines del Estado. Esa categoría de instrumento para la ejecución de la prestación en favor del Estado se la da el artículo 14 de la L.80/93, de la siguiente manera:

De los Medios que pueden utilizar las Entidades Estatales para el Cumplimiento del Objeto Contractual. Para el cumplimiento de los fines de la contratación, las entidades estatales al celebrar un contrato:

1o. Tendrán la dirección general y la responsabilidad de ejercer el control y vigilancia de la ejecución del contrato. En consecuencia, con el exclusivo objeto de evitar la paralización o la afectación grave de los servicios públicos a su cargo y asegurar la inmediata, continua y adecuada prestación, podrán en los casos previstos en el numeral 2 de este artículo, interpretar los documentos contractuales y las estipulaciones en ellos convenidas, introducir modificaciones a lo contratado y, cuando las condiciones particulares de la prestación así lo exijan, terminar unilateralmente el contrato celebrado.

En los actos en que se ejerciten algunas de estas potestades excepcionales deberá procederse al reconocimiento y orden de pago de las compensaciones e indemnizaciones a que tengan derecho las personas objeto de tales medidas y se aplicarán los mecanismos de ajuste de las condiciones y términos contractuales

²⁰³ CE, SCA, Secc. 3ra, S 16/06/94, Rad. 5729.

a que haya lugar, todo ello con el fin de mantener la ecuación o equilibrio inicial.

Contra los actos administrativos que ordenen la interpretación, modificación y terminación unilaterales, procederá el recurso de reposición, sin perjuicio de la acción contractual que puede intentar el contratista, según lo previsto en el artículo 77 de esta Ley.

2o. Pactarán las cláusulas excepcionales al derecho común de terminación, interpretación y modificación unilaterales, de sometimiento a las leyes nacionales y de caducidad en los contratos que tengan por objeto el ejercicio de una actividad que constituya monopolio estatal, la prestación de servicios públicos o la explotación y concesión de bienes del Estado, así como en los contratos de obra. En los contratos de explotación y concesión de bienes del Estado se incluirá la cláusula de reversión.

Las entidades estatales podrán pactar estas cláusulas en los contratos de suministro y de prestación de servicios.

En los casos previstos en este numeral, las cláusulas excepcionales se entienden pactadas aun cuando no se consignen expresamente.

Parágrafo.- En los contratos que se celebren con personas públicas internacionales, o de cooperación, ayuda o asistencia; en los interadministrativos; en los de empréstito, donación y arrendamiento y en los contratos que tengan por objeto actividades comerciales o industriales de las entidades estatales que no correspondan a las señaladas en el numeral 2o. de este artículo, o que tengan por objeto el desarrollo directo de actividades científicas o tecnológicas, así como en los contratos de seguro tomados por las entidades estatales, se prescindirá de la utilización de las cláusulas o estipulaciones excepcionales.



Al analizar la norma jurídica transcrita se pueden diferenciar tres tipos de contrato estatal, según las cláusulas excepcionales que en él se pactan; en los que es obligatorio; en los que es facultativo incluirlas; y en los que está prohibido.

El primer grupo está compuesto por los contratos en los que se tenga por objeto el ejercicio de una actividad que constituya monopolio estatal, la prestación de servicios públicos o la explotación o concesión de bienes del Estado. En estos contratos deberán incluirse las cláusulas de terminación, modificación e interpretación unilateral por parte de la entidad contratante, la cláusula de sometimiento a leyes nacionales y la cláusula de caducidad. Si, en el respectivo contrato, se guarda silencio, en todo caso, se entenderán pactadas.

El segundo grupo está compuesto por el contrato de suministro y el de prestación de servicios, en los cuales las partes en ejercicio de la autonomía de la voluntad podrán pactar las cláusulas excepcionales mencionadas para el primer grupo. Sin embargo, en caso de no hacerlo bajo ninguna circunstancia se entenderán pactadas y, por ende, estarán excluidas -por regla- del régimen de excepciones al derecho común.

Por último, el tercer grupo, está compuesto por los contratos que se celebren con personas públicas internacionales o de cooperación, ayuda o asistencia; en los contratos interadministrativos; los de empréstito; los de arrendamiento y en los contratos que tengan por objeto las actividades comerciales o industriales de las entidades estatales que no correspondan a los contratos señalados en los dos grupos precedentes, o los contratos que tengan por objeto el desarrollo directo de actividades científicas o tecnológicas, también, los contratos de seguro tomados por las entidades estatales. En el contenido de estas tipologías contractuales las entidades tienen prohibido pactar las estipulaciones excepcionales.

Ahora bien, el estudio de las cláusulas excepcionales a través de la clasificación por tipologías contractuales presenta una deficiencia. Puesto que, si se contrasta las tipologías contractuales en las que se debe, puede o imposibilita pactar cláusulas

exorbitantes que enuncia el numeral 2º del art. 14 de la L.80, con el listado de contratos que enuncia el art. 32 del mismo estatuto. Se evidencia que existen varias tipologías contractuales que son señaladas en el art. 32 y no tienen dispuesto un régimen explícito de cláusulas exorbitantes en el art. 14. Por ejemplo, los contratos de consultoría, interventoría, *leasing*, etc.

En ese orden de ideas, es conveniente traer a colación la clasificación que ha hecho la jurisprudencia del CE, sobre las categorías de tipologías contractuales del Estado, según las cláusulas excepcionales al derecho común que pueden o no en él pactarse. Así se ha pronunciado el alto tribunal:

para el ejercicio de las facultades excepcionales, los contratos estatales pueden clasificarse en cuatro (4) grupos bien diferenciados: i) contratos estatales en los cuales las cláusulas excepcionales al derecho común son obligatorias; ii) contratos estatales en los cuales las cláusulas excepcionales al derecho común son facultativas; iii) contratos estatales en los cuales se encuentra prohibido incluir y, por tanto, ejercer cláusulas o estipulaciones excepcionales y iv) todos los demás contratos estatales no previstos ni contemplados en alguno de los grupos anteriormente individualizados²⁰⁴.

Como se constata, la Sección Tercera del Consejo de Estado ha centrado su atención sobre el grupo de contratos que han sido desprovistos de normativa concreta, en materia de estipulación de cláusulas exorbitantes, por el art. 14 de la L.80/93. Frente a esa fracción de los contratos estatales, el órgano de cierre de la jurisdicción Contencioso-Administrativa ha señalado que ante el silencio de la ley

²⁰⁴ CE, SCA, Secc. 3ra, S 30/11/06, Rad. 25000-23-26-000-2001-01008-01(30832); CE, SCA, Secc. 3ra, Sub. A, S 13/02/13, 76001-23-31-000-1999-02622-01(24996); y CE, SCA, Secc. 3ra, Sub. C, S 13/02/15, Rad. 05001-23-31-000-1996-01171-01 (26938)



las partes no pueden estipular las cláusulas excepcionales al derecho privado que enlista la ley. Dado que, según su criterio, las exorbitancias tienen un carácter excepcional -en relación con el derecho común- y, por ende, requieren autorización legal para pactarse y aplicarse.

En aquel sentido resulta ilustrativo citar un fallo del Consejo de Estado, en el cual se clasifican los contratos estatales, según la posibilidad de aplicar las cláusulas excepcionales de la L.80 de 1993:

Advierte la Sala que, en vigencia de la ley 80 de 1993, norma bajo la cual se suscribió el presente contrato, existen tres grupos de contratos en torno a los cuales el régimen de dichos poderes exorbitantes es diferente. En el primer grupo se encuentran los contratos en los cuales las cláusulas excepcionales se tienen que pactar, es decir que son legalmente obligatorias, razón por la cual, si no se incluyen, se entienden pactadas; -son las denominadas “cláusulas virtuales”-. Los contratos que pertenecen a este grupo son: el de obra, los que tienen por objeto la explotación y concesión de bienes del Estado, la prestación de servicios públicos y las actividades que constituyan monopolio estatal. Al segundo grupo pertenecen los contratos en los cuales se encuentra prohibido pactar dichas cláusulas, de manera que, si se incluyen habrá nulidad absoluta de la cláusula. A este grupo pertenecen, según el párrafo del art. 14 de la ley 80 “... los contratos que se celebren con personas públicas internacionales, o de cooperación, ayuda o asistencia; en los interadministrativos; en los de empréstito, donación y arrendamiento y en los contratos que tengan por objeto actividades comerciales o industriales de las entidades estatales que no correspondan a las señaladas en el numeral 2o. de este artículo, o que tengan por objeto el desarrollo directo de actividades científicas o tecnológicas, así como en los contratos de seguro

tomados por las entidades estatales...” El tercer grupo lo integran los contratos en los cuales la ley autoriza, pero no impone, que las partes del negocio jurídico acuerden su inclusión; el pacto de tales cláusulas, en estos casos, es opcional, de manera que la falta de estipulación significa que los poderes exorbitantes no existen. Este grupo está integrado por los contratos de prestación de servicios y suministro. Es importante señalar, en relación con éste último grupo, aunque resulta obvio, que el acuerdo correspondiente sólo puede favorecer a las entidades estatales, es decir, que no es posible pactar tales poderes en favor del contratista. Esta última hipótesis hace evidente una característica especial de los poderes exorbitantes que en ella se contienen; en efecto, sólo en estos dos tipos de contratos la ley autoriza a las partes del contrato a negociar la inclusión de los mismos, de manera que su existencia no deviene, en forma “inmediata”, de la ley, como ocurre con el primer grupo de contratos, sino de manera “mediata”, porque si las partes no llegan a un acuerdo sobre la inclusión de dichos poderes, la ley no suple el vacío, y, por consiguiente, los mismos no existirán en el caso concreto. Esta posibilidad abre un espacio al principio de la autonomía de la voluntad, en un tema donde la tradición administrativa había entendido que exclusivamente la ley, no las partes del contrato, podía disponer la inclusión de las cláusulas exorbitantes, sin perjuicio de que el origen de las potestades propias de tales cláusulas provenga siempre de la ley, en unos casos, porque las impone y, en otras, porque simplemente la autoriza. En este contexto, y por exclusión, surge un cuarto grupo, constituido por todos aquellos negocios jurídicos que no pertenecen a ninguno de los grupos anteriores. Tal es el caso del contrato de consultoría, de comodato, de leasing, etc., los cuales no están incluidos en ninguno de los tres grupos a que alude expresamente la ley, de

manera que, frente a ellos, es menester precisar el régimen a que deben sujetarse desde el punto de vista de las cláusulas excepcionales. Esta situación genera, necesariamente, el siguiente interrogante: ¿es posible pactar las cláusulas exorbitantes en los contratos que pertenecen a este cuarto grupo? Para la Sala la respuesta debe ser negativa, por las siguientes razones: De un lado, porque, como se ha visto, este tipo de poderes requiere, cuando menos, autorización legal para su inclusión y posterior utilización, debido a la naturaleza que tienen estas prerrogativas - por su carácter extraordinario e inusual, en relación con el derecho común-, y, de otro, porque el legislador es el único que puede disponer competencias para la expedición de actos administrativos en desarrollo de los contratos estatales, actos que, como es sabido, constituyen el mecanismo de ejercicio de las exorbitancias contractuales. De este modo, en ejercicio de la autonomía de la voluntad privada no es posible constituir este tipo de poderes, en contratos en los que la ley no ha impartido autorización expresa, o excluirlos en los que el legislador los ha previsto como obligatorios(Subrayas fuera de texto)²⁰⁵

Como se evidencia el CE ha interpretado, que en materia de cláusulas excepcionales, existen cuatro tipos de estipulaciones que pueden o no pactar las entidades en sus contratos regulados por la normatividad del estatuto general. A saber: i) las obligatorias, ii) las facultativas, iii) las prohibidas y iv) las innominadas por el artículo 14 de la L.80 de 1993, en las cuales, según la jurisprudencia, está prohibido pactar las denominadas cláusulas exorbitantes. Realmente, bajo el criterio del CE, son tres grupos, sólo que en el tercero las tipologías contractuales allí unicadas tienen dos fuentes contrarias: la manifestación expresa del legislador y su silencio.

²⁰⁵ CE, SCA, Secc. 3ra, S 30/11/06, Rad. 25000-23-26-000-2001-01008-01(30832)

Adicional a las categorías mencionadas por la jurisprudencia de la Sección Tercera del supremo tribunal de la jurisdicción especial administrativa, se puede incluir otra; las cláusulas ordinarias o cláusulas del derecho privado, las cuales, como ya se señaló, se pueden su clasificar según su contenido.

En síntesis, se podría resumir la cuestión en que, en los contratos estatales, existen cinco tipos de cláusulas: i) las ordinarias (esenciales, naturales o accidentales); ii) las excepcionales; iii) las facultativas; iv) las obligatorias y v) las prohibidas (sean nominadas o innominadas -según la postura del CE) y que ellas pueden interactuar entre sí, de la siguiente manera:

Tipo de Cláusula	Variantes	Ejemplo
Ordinarias dentro de la contratación estatal	Obligatorias	Esenciales y naturales
	Facultativas	Accidentales
	Prohibidas	Anticipo superior al 50% del valor del contrato
Excepcionales en comparación con el derecho ordinario	Obligatorias	Caducidad en contratos de concesión
	Facultativas	Terminación unilateral en contratos de suministro
	Prohibidas	Modificación unilateral en los contratos de empréstito

Sentado lo anterior, con la finalidad de alcanzar una cabal comprensión sobre la cuestión, se procederá a profundizar en la naturaleza de estas cláusulas en los acápite siguientes.

2. De las cláusulas ordinarias o estipulaciones del derecho común que conforman el contrato estatal

2.1. Precisiones previas

El régimen jurídico del contrato estatal que se encuentra regulado por el EGCAP es mixto, esto es, que mezcla íntimamente disposiciones del CCv. o del CCo. con las normas que señala la misma L.80/93. Sin embargo, *en su aplicación*, no es claro cuál de los dos (privado o público) regímenes prima sobre el otro.

Para dar claridad sobre la cuestión planteada es necesario acudir a lo que señala el art. 13 de la L.80/93, que reglamenta “la normatividad aplicable a los contratos estatales” y que indica de manera perentoria que los “contratos que celebren las entidades a que se refiere el artículo 2° del presente estatuto se regirán por las disposiciones comerciales y civiles pertinentes, salvo en las materias particularmente reguladas en esta Ley”

Se infiere de la norma citada que, en el desarrollo del régimen mixto que guía la contratación estatal sometida al EGCAP se debe aplicar de manera general y preferente las normas de derecho privado²⁰⁶. Comparto lo primero (aplicación general), mas no lo segundo (aplicación preferente), como lo explicaré *infra*.

Ahora bien, frente a aquello, se debe resaltar que el derecho privado, en sentido estricto, está compuesto por dos grandes áreas temáticas sustanciales con legislación independiente: el derecho civil y el derecho comercial.

En ese contexto, el art. 8 del D.679/94 señalaba que en las materias no reguladas por el estatuto general se “aplicará la legislación comercial cuando el contrato tenga el carácter de mercantil de acuerdo con lo dispuesto por los artículo 20, 21 y 22 del CCo. En caso contrario se aplicará la legislación civil” Lo anterior implica, que el operador jurídico que se enfrente a un contrato estatal regulado por el estatuto

²⁰⁶ BENAVIDES, José Luis. *op. cit.* p. 80.

general que adolezca de un vacío normativo, tendrá que conocer a profundidad la teoría del acto de comercio para determinar cuál de las dos legislaciones de derecho privado tendrá que aplicar.

Sentado lo anterior, y previo al estudio de las denominadas cláusulas ordinarias o comunes del contrato estatal, se debe resaltar que el hecho de que la regla general o común en los contratos estatales regulados por el estatuto general sea el derecho privado²⁰⁷ no implica que el mismo sea de aplicación exclusiva²⁰⁸ y de ninguna manera implica que las entidades contratantes puedan desconocer las finalidades de la contratación pública que señala, por ejemplo, el art. 3 de la L.80/93²⁰⁹.

Se procederá entonces a analizar algunas de las modalidades, condiciones y, en general, las cláusulas o estipulaciones que las partes consideren necesarias y convenientes para la ejecución del objeto contractual. En ese sentido, se debe significar que en el EGCAP se reconoce libertad -limitada en algunos aspectos- a las partes para fijar el contenido del contrato de las entidades estatales. Por el contrario, en vigencia del D.222/83 existían limitaciones a la libertad contractual, ya

²⁰⁷ Es importante significar que lo establecido en el art. 13 de la L.80/93, para la mayoría, implica un cambio sustancial en la orientación del régimen jurídico aplicable a los contratos que celebra la Administración Pública. Toda vez que, en vigencia del D.222/83, se reconocía expresamente al derecho privado como supletivo. Cfr. CE, SCA, Secc. 3ra, S 13/05/1988.

²⁰⁸ *Ibidem*.

²⁰⁹ *De los Fines de la Contratación Estatal. Los servidores públicos tendrán en consideración que al celebrar contratos y con la ejecución de los mismos, las entidades buscan el cumplimiento de los fines estatales, la continua y eficiente prestación de los servicios públicos y la efectividad de los derechos e intereses de los administrados que colaboran con ellas en la consecución de dichos fines. Los particulares, por su parte, tendrán en cuenta al celebrar y ejecutar contratos con las entidades estatales que, además de la obtención de utilidades cuya protección garantiza el Estado, colaboran con ellas en el logro de sus fines y cumplen una función social que, como tal, implica obligaciones.*

que varias tipologías contractuales encontraban una regulación detallada en la norma. Postura avalada por el CE quien señaló que la Administración Pública puede pactar “sólo dentro de los cauces legalmente previstos”²¹⁰.

No obstante lo anterior, el mismo CE, aun en sede de aplicación del D.222/83, reformuló su postura y señaló que la materia contractual no está regida a profundidad por el derecho administrativo y que, por ese motivo, en muchas ocasiones era necesario acudir a los principios y reglas que el derecho privado establece para resolver o llenar los vacíos de la ley contractual. Esta postura después se vio reforzada con la promulgación de la L.80/93 y, con ella, acaeció el cambio de paradigma acerca de la normativa aplicable a los contratos estatales regulados por ese estatuto contractual.

Entonces, como al contrato estatal regulado por el EGCAP se aplican las normas de derecho civil será conveniente estudiar la clasificación de las cosas que prevé el art. 1501 del CCv.: i) las esenciales, ii) las naturales y iii) las accidentales, como ya se había anticipado.

2.2. Cláusulas esenciales

Los elementos o cláusulas esenciales de un contrato son la declaración mínima de las partes encaminada a precisar el interés que quieren desarrollar jurídicamente y el sentido en que quieren hacerlo²¹¹. Así, por ejemplo, si una entidad estatal desea adquirir el derecho de dominio sobre un terreno a través de un acuerdo de voluntades, es esencial que las partes determinen la cosa -terreno- y el precio o la forma de determinar éste. Luego, no es suficiente con elevar a escrito el acuerdo, debe reunir estos elementos de la esencia.

²¹⁰ CE, SCSC, Cpto. 12/09/84, Rad. 2123. Aquí se toma como “no pactada” la cláusula que daba la posibilidad de constituir en mora a la entidad contratante.

²¹¹ OSPINA FERNÁNDEZ, Guillermo y OSPINA ACOSTA, Eduardo, *op. cit.*, p. 36.

El EGCAP no identifica cuál es el contenido esencial del contrato que regula. Sin embargo, acudiendo a la doctrina²¹² y al CCv. se puede establecer que (en general) las cláusulas que son de la esencia de estos contratos son: (i) el objeto, (ii) el precio (es típico de la contratación pública que el contrato sea oneroso), (iii) los sujetos y (iv) la causa, además de las solemnidades. Sin desconocer la importancia de las demás, por relacionarse con el problema de esta investigación, se ahondará en las dos primeras.

2.2.1. El objeto

Todos los actos jurídicos, incluidos los contratos estatales, deben tener un objeto, el cual -en el caso de los contratos- consiste en crear, modificar o extinguir obligaciones²¹³ cuyo sentido no debe confundirse con el fin práctico del contrato que es la utilidad que moviliza a las partes a la celebración del negocio jurídico²¹⁴.

Ahora bien, se evidencia que adicional al objeto *genérico* que tienen todos los negocios jurídicos²¹⁵ existen unos objetos *específicos* que los diferencian de otras tipologías contractuales distintas. Para ahondar en esta distinción se encuentra ilustrativo señalar el ejemplo que OSPINA FERNÁNDEZ ofrece:

(...) en el contrato de mutuo el objeto específico está constituido principalmente por la tradición de un objeto fungible que le hace el mutuante al mutuario y por la obligación de este último de restituir dicha cosa; la convención de prórroga del mencionado contrato tiene por objeto la ampliación del plazo para la restitución y, en fin, está restitución por el mutuario estructura otro acto, el pago, cuyo

²¹² EXPÓSITO VÉLEZ, Juan Carlos, *Forma y Contenido del Contrato Estatal*, op. cit. p. 128.

²¹³ *Ibidem*, p. 30.

²¹⁴ *Ibidem*, p. 34.

²¹⁵ Igualmente, los actos jurídicos.

objeto es la extinción de la obligación generada por el mutuo. Véase, por tanto, como tres actos jurídicos, aunque interordinados, tienen objetos específicos diferentes.

Sentado lo anterior, se debe significar que, en efecto, uno de los elementos esenciales del contrato estatal es que la entidad y el contratista -de derecho público o de derecho privado- pretendan crear, modificar o extinguir obligaciones²¹⁶. Empero, se considera²¹⁷ que específicamente la cláusula esencial al contrato estatal es la que determina la prestación principal a la que se obliga el contratista para con la entidad. Así, por ejemplo, en un contrato de obra en que el contratista se obliga a entregar *la obra x*, el requisito esencial será, además del objeto genérico (obra), la elaboración o construcción de *la obra x*.

2.2.2. El precio

En el marco del derecho privado existe la clasificación de los actos jurídicos onerosos y gratuitos, por ende, la misma se hace extensible a los contratos estatales²¹⁸. La mentada clasificación pretende significar que existen dos tipos de contratos según la *utilidad* económica que el acto jurídico les reporta a los agentes que participan en él²¹⁹: los contratos gratuitos y los contratos onerosos.

En ese sentido, el art. 1497 del CCv. señala que “*el contrato es gratuito o de beneficencia cuando sólo tiene por objeto la utilidad de una de las partes, sufriendo la otra el gravamen; y oneroso, cuando tiene por objeto la utilidad de ambos contratantes, gravándose cada uno a beneficio del otro*”. En principio, podría

²¹⁶ Lo que se constituye en realidad como un requisito de existencia en general de todos los contratos.

²¹⁷ Contrario a lo que señala EXPÓSITO VÉLEZ, Juan Carlos. *Forma y Contenido del Contrato Estatal*, op. cit., quien afirma que el objeto genérico es exclusivamente el requisito esencial al contrato del Estado.

²¹⁸ Como ya se señaló: por obra del art. 13 de la L.80/93,

²¹⁹ OSPINA FERNÁNDEZ, Guillermo y OSPINA ACOSTA, Eduardo, op. cit., p. 52.

entenderse que esta clasificación obedece a la de la bilateralidad o unilateralidad contractual. Empero, la bilateralidad tiene relación con la existencia de obligaciones para ambas partes y no que surjan solo para una de ellas. Por el contrario, la definición del artículo citado enseña que en los contratos gratuitos la utilidad es para una de las partes, así surjan obligaciones para ambas.

Sentado lo anterior, y disidiendo de lo que señala parte de la doctrina²²⁰, se considera que el precio²²¹ es un elemento esencial del contrato estatal solo cuando el mismo es oneroso. Lo anterior implica que en los contratos estatales gratuitos - si los hay- el precio no sería un elemento de la esencia del contrato.

Ahora bien, es preciso significar que en materia de contratación estatal, la mayoría de contratos son onerosos, es más, el num. 1 del art. 5 de la L.80/93 otorga al contratista el *derecho a recibir oportunamente la remuneración pactada y a que el valor intrínseco de la misma no se altere o modifique durante la vigencia del contrato*.

En síntesis, como ya se anotó, la estipulación del precio determinado o determinable será requisito esencial -y de existencia- del contrato estatal cuando éste sea oneroso.

Antes de concluir el estudio del precio, como elemento esencial del contrato estatal oneroso, lo que sigue se centrará en las formas de determinación del mismo, esto es, la manera en que se realizará el pago al contratista. Dicho pago será determinado cuando en el acuerdo de voluntades se identifique con claridad la

²²⁰ Por ejemplo, EXPÓSITO VÉLEZ, Juan Carlos, *Forma y Contenido del Contrato Estatal*, op. cit., quien considera que el precio siempre será requisito esencial y señala que las dos formas de pago -precio global y unidades- a su vez lo son.

²²¹ Entendiendo en estas líneas como el valor que la entidad contratante entrega por la ejecución del objeto.

contraprestación que recibirá el contratista por la ejecución del objeto específico del contrato.

En lo que refiere al precio determinado, el D.222/83 establecía que una de las formas de pago el contrato de obra era el *precio global* y definía estos tipos de pagos como: “aquellos en los que el contratista, a cambio de las prestaciones a que se compromete, obtiene como remuneración una suma global fija en la cual están incluidos sus honorarios, y es el único responsable de la vinculación de personal, de la elaboración de subcontratos y de la obtención de materiales, todo lo cual realiza en su propio nombre y por su cuenta y riesgo, sin que el dueño de la obra adquiriera responsabilidad alguna por dichos actos”.

En sede de la L.80/93, como una consecuencia de la eliminación de las categorías contratos administrativos propiamente dichos y contratos privados de la administración, se suprimió la explicación legal detallada del contrato de obra²²² y, con ella, la definición de la forma de pago del precio denominada *precio global*. No obstante, en la actualidad se sigue manejando esta modalidad de pago del precio en favor del contratista²²³.

Por otra parte, se encuentra el mecanismo de pago determinable por excelencia: a *precio unitario*. Este mecanismo, al igual que el de precio global, fue descrito por el D.222/83. La disposición citada señalaba que “precios unitarios son aquellos en los cuales se pacta el precio por unidades o cantidades de obra y su valor total es la suma de los productos que resulten de multiplicar las cantidades de obras ejecutadas por el precio de cada una de ellas, dentro de los límites que el mismo convenio fije”

Como se constata, esta modalidad de precio es indeterminada pues las cantidades de obra que se fijan en la etapa precontractual o incluso en el contrato serán solo

²²² En vigencia del EGCAP, el art. 32 de la L.80/93 realiza una breve definición de algunas tipologías contractuales. Entre ellas: el contrato de obra.

²²³ CE, SCA, Secc. 3ra, S 29/04/99, Rad. 14855.

una estimación y podrían variar en el curso de la ejecución de la obra e, incluso, resultar mayores o inferiores a lo inicialmente previsto²²⁴. Lo anterior implica que la Administración Pública deberá reconocer las cantidades de obra que sean necesarias para concluir el objeto específico del contrato.

De lo mencionado se puede colegir que el precio puede ser determinado o determinable y que las dos modalidades expuestas -precio global y precio unitario- son las más utilizadas en la contratación estatal y no solo en los contratos de obra, pues esos mecanismos se pueden abstraer a los demás tipologías contractuales que celebre el Estado. Empero, lo anterior no implica que los denominados *precios unitarios* sean la única forma en que el precio pactado sea determinable pues se pueden aplicar otros mecanismos originados en el derecho privado, por ejemplo; precio en divisa extranjera o delimitación del precio por un tercero, fórmulas aritméticas de determinación del precio e, incluso, en patrones metálicos.

Siguiendo con el orden de ideas planteado en las líneas introductorias a este acápite, se procederá a estudiar las cláusulas o estipulaciones que son (en general) de la naturaleza de los contratos estatales.

2.3. Cláusulas naturales del contrato estatal

Como se ha venido mencionando, los elementos naturales al contrato son aquellos efectos que las partes estipulan como accesorios de los esenciales, pero que en ausencia de estipulación se producen *opera legis*²²⁵, es decir, son aquellas cláusulas que, aun ante el silencio de las partes, son inseparables del objeto contractual específicamente deseado por quienes intervienen en el génesis del negocio jurídico. Como se denota de lo indicado: cada tipología contractual tendrá unos elementos que le serán incorporados por el efecto de las normas generales con fuerza de ley y no de las disposiciones *inter-partes*. En dichos elementos no se

²²⁴ CE, SCA, Secc. 3ra, S 03/09/93, Rad. 8394.

²²⁵ OSPINA FERNÁNDEZ, Guillermo y OSPINA ACOSTA, Eduardo, *op. cit.*, p. 36.

profundizará en este texto. Dado que, existe gran variedad de tipologías contractuales que celebran las entidades del Estado y estudiar, aun de manera breve, cada una de ellas haría de cualquier investigación una tarea titánica.

Sin embargo, se estudiarán las cláusulas que son de la naturaleza de todos los contratos estatales regulados por el EGCAP, entendiendo estos como un género independientemente de la tipología que se celebre. Estas, en general, son tres: i) Intereses moratorios, ii) mecanismos alternativos de solución de conflictos (en adelante, MASC) y iii) las garantías contractuales.

2.3.1. Intereses moratorios

Los intereses han sido definidos como el fruto del dinero²²⁶. Se les puede clasificar, en relación con la función que prestan, en dos categorías; los intereses remuneratorios o correlativos y los intereses moratorios.

El primer grupo de intereses, de los señalados en el párrafo precedente, tiene un carácter puramente retributivo. Puesto que ellos son el beneficio o la ventaja (fruto) que recibe el acreedor por su pérdida temporal de liquidez y que se devengan durante el tiempo que media entre el surgimiento de la obligación y el día que la misma debe cancelarse²²⁷ o extinguirse.

El segundo grupo de intereses mencionados, los moratorios, se pueden clasificar como una presunción de indemnización de perjuicios²²⁸. Puesto que estos intereses reconocen automáticamente el perjuicio injustificado que sufre el acreedor por la

²²⁶ HINESTROSA, Fernando, *Tratado de las Obligaciones*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2007, p. 166.

²²⁷ *Ibidem*, p. 168.

²²⁸ Quizás el único evento en el ordenamiento que presume estrictamente el alcance patrimonial de un daño antijurídico.

mora en el pago del dinero del deudor, sin necesidad de prueba de la existencia y extensión del daño²²⁹ y cuyo valor no puede ser inferior al interés legal²³⁰.

Precisado lo anterior, se debe significar que los intereses moratorios están sujetos a cuatro grandes reglas:

1ª Se siguen debiendo los intereses convencionales, si se ha pactado interés superior al legal, o empiezan a deberse los intereses legales en caso contrario; quedando, sin embargo, en su fuerza las disposiciones esenciales que autoricen el cobro de los intereses corrientes en ciertos casos. El interés legal se fija en el seis por ciento anual;

2ª El acreedor no tiene necesidad de justificar perjuicios cuando solo cobra intereses; basta el hecho del retardo;

3ª Los intereses atrasados no producen interés.

4ª La regla anterior se aplica a toda especie de rentas, cánones y pensiones periódicas²³¹.

En materia de contratación estatal, el art. 4 de la L.80/93 brinda una precisión acerca de cómo proceder frente al silencio de los contratantes sobre de los intereses moratorios. El citado artículo señala lo siguiente:

De los Derechos y Deberes de las Entidades Estatales. Para la consecución de los fines de que trata el artículo anterior, las entidades estatales:

8o. Adoptarán las medidas necesarias para mantener durante el desarrollo y ejecución del contrato las condiciones técnicas,

²²⁹ HINESTROSA, Fernando, *op. cit.*, p. 169.

²³⁰ Véase art. 1617 del CCv.

²³¹ HINESTROSA, Fernando, *op. cit.*, p. 177.

económicas y financieras existentes al momento de proponer en los casos en que se hubiere realizado licitación o concurso, o de contratar en los casos de contratación directa. Para ello utilizarán los mecanismos de ajuste y revisión de precios, acudirán a los procedimientos de revisión y corrección de tales mecanismos si fracasan los supuestos o hipótesis para la ejecución y pactarán intereses moratorios.

Sin perjuicio de la actualización o revisión de precios, en caso de no haberse pactado intereses moratorios, se aplicará la tasa equivalente al doble del interés legal civil sobre el valor histórico actualizado. (énfasis fuera del texto original)

Adicional a la norma citada, el artículo 2.2.1.1.2.4.2. del D.1082/15²³² determina que, para determinar el valor histórico actualizado que establece el EGCAP, en su art. 4, se deberá aplicar “*a la suma debida por cada año de mora el incremento del índice de precios al consumidor entre el 1° de enero y el 31 de diciembre del año anterior. En el evento de que no haya transcurrido un año completo o se trate de fracciones de año, la actualización se hará en proporción a los días transcurridos*”.

Como se evidencia, el EGCAP designó que los intereses moratorios en los contratos estatales sean el doble del interés moratorio civil corriente²³³, es decir, el 12% anual.

²³² Replicando lo que señalaba, sobre ese tópico, el D.734/12.

²³³ El art. 1617 del CCv. regula los intereses moratorios corrientes: Si la obligación es de pagar una cantidad de dinero, la indemnización de perjuicios por la mora está sujeta a las reglas siguientes: 1a.) Se siguen debiendo los intereses convencionales, si se ha pactado un interés superior al legal, o empiezan a deberse los intereses legales, en el caso contrario; quedando, sin embargo, en su fuerza las disposiciones especiales que autoricen el cobro de los intereses corrientes en ciertos casos. El interés legal se fija en seis por ciento anual. 2a.) El acreedor no tiene necesidad de justificar perjuicios cuando solo cobra intereses; basta el hecho del retardo. 3a.) Los

Y esta disposición legal aplica a los contratos estatales ante la ausencia de estipulación expresa por parte de los contratantes en relación al valor de los intereses, lo que la convierte en una auténtica cláusula natural a los contratos estatales a los que aplican las disposiciones del EGCAP.

2.3.2. Mecanismos alternativos de solución directa de conflictos

Como ya se expresó, la jurisdicción contencioso-administrativa es la perteneciente al poder judicial colombiano a la cual se le ha investido de competencia para conocer, por regla, de todos los conflictos que se presenten derivadas de la formación, ejecución, liquidación y terminación de los contratos que celebran las entidades públicas. Sin embargo, en esta altura de la investigación se debe señalar que la L.80/93, en su art. 68, conminaba a las partes del contrato estatal, regulado por el estatuto, a *buscar solucionar en manera ágil, rápida y directa* las diferencias que se susciten en el desarrollo de la actividad contractual.

Recuérdese que la contratación estatal se implanta para la satisfacción de necesidades, de los intereses generales, por tanto, debe evitarse -sin menoscabar otros valores, principios y derechos- que las partes del acuerdo participen en largas controversias, que los desoriente de la real finalidad: el éxito inmediato del proyecto estatal, para satisfacer el interés general.

Para cumplir dicha orden, los contratantes, además del arreglo directo, pueden acudir a la conciliación, la amigable composición y la transacción y, adicional a ello, el mismo EGCAP, a través del art. 69 de la L.80/93, prohibió de manera expresa a las entidades establecer impedir a la utilización de esos mecanismos de solución directa o alternativa de conflictos.

intereses atrasados no producen interés. 4a.) La regla anterior se aplica a toda especie de rentas, cánones y pensiones periódicas (Subrayas fuera de texto)

Ahora bien, antes de profundizar en el estudio de cada uno de los principales MASC en la contratación pública, se debe significar que, si bien con la L.1563/12 se derogaron los artículos 226 y 227 del D.1818/96, que -respectivamente- habían compilado los citados arts. 68 (incs. 1 y 2) y 69 de la L.80/93, los MASC (con fundamento en la CPol., las demás disposiciones del EGCAP, el CPACA, el CCv. y las leyes 23/91, 446/98 y 640/01) siguen siendo naturales al contrato estatal²³⁴.

Mencionado lo anterior, en primer lugar, se estudiará el arreglo directo, el cual es en realidad un acuerdo de voluntades, con miras a llegar a una solución, en el cual las partes zanján una disputa entre ellas sin necesidad de que medie un tercero (sin perjuicio del apoyo del interventor). Entonces, el acuerdo directo se constituye como una adición o nueva obligación contractual que deberá cumplir la formalidad *ad solemnitatem* que prescribe el artículo 41 de la L.80/93 para el perfeccionamiento de los contratos estatales, esto es, el arreglo deberá elevarse a escrito²³⁵.

En segundo lugar, se estudiará una figura propia del derecho privado, que se encuentra estipulada por el artículo 2469 del CCv. de la siguiente manera: “*La transacción es un contrato en que las partes terminan extrajudicialmente un litigio pendiente o precaven un litigio eventual. No es transacción el acto que sólo consiste en la renuncia de un derecho que no se disputa*”. Entonces, opera en este evento una reflexión similar a la del arreglo directo, es decir, en virtud de la autonomía de la voluntad las partes llegan a un acuerdo que zanja disputas derivadas de la ejecución del contrato. Sin embargo, este acuerdo no se puede basar en la renuncia escrita de un derecho por alguna de las partes.

En tercer lugar, se encuentra la conciliación que es el MASC por excelencia, además de constituirse en un requisito de procedibilidad de la demanda de

²³⁴ CC, S T-017/05.

²³⁵ EXPÓSITO VÉLEZ, Juan Carlos, *Forma y Contenido del Contrato Estatal*, op. cit., p. 160.

controversias contractuales²³⁶. Este mecanismo, al igual que los que se han estudiado de manera precedente, es auto-compositivo, esto es, que las partes son quienes llegan al acuerdo²³⁷. Empero, en este a diferencia de los mencionados, requiere de la intervención de un tercero, ajeno a las partes que medie entre ellas para que lleguen a una solución consensuada.

En ese sentido, se debe significar que, de conformidad con lo dispuesto en el par. del art. 8 de la L.640/01²³⁸, es deber del conciliador velar porque no se menoscaben los derechos ciertos e indiscutibles. Adicional a esto, en materia de contratación estatal, las partes no pueden conciliar sobre: La imposición de la cláusula de caducidad²³⁹; cuando el medio de control a través del cual se ventilará una hipotética

²³⁶ Al igual que en la reparación y la nulidad con restablecimiento del derecho. CPACA, art. 161, num. 1.

²³⁷ CCC, S C-417/02.

²³⁸ Art. 8. *Obligaciones del conciliador. El conciliador tendrá las siguientes obligaciones: 1. Citar a las partes de conformidad con lo dispuesto en esta ley. 2. Hacer concurrir a quienes, en su criterio, deban asistir a la audiencia. 3. Ilustrar a los comparecientes sobre el objeto, alcance y límites de la conciliación. 4. Motivar a las partes para que presenten fórmulas de arreglo con base en los hechos tratados en la audiencia. 5. Formular propuestas de arreglo. 6. Levantar el acta de la audiencia de conciliación. 7. Registrar el acta de la audiencia de conciliación de conformidad con lo previsto en esta ley.*

Par. Es deber del conciliador velar porque no se menoscaben los derechos ciertos e indiscutibles, así como los derechos mínimos e intransigibles.

²³⁹ Art. 5, L.1738/14: *La declaratoria de caducidad deberá proferirse mediante resolución motivada de la entidad contratante, haciendo efectivas la cláusula penal y las multas contractuales a que hubiere lugar. Dicha resolución prestará mérito ejecutivo contra el contratista y las personas que hayan constituido las respectivas garantías y se hará efectiva por jurisdicción coactiva.*

La notificación de la providencia de caducidad se sujetará a lo dispuesto en el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, Ley 1437 de 2011.

controversia judicial se encuentre caducado²⁴⁰ y sobre la legalidad de actos administrativos generales.

La conciliación en materia contenciosa-administrativa solo podrá adelantarse ante un agente del Ministerio Público²⁴¹ y se tramitará por conducto de apoderado, sobre los conflictos de carácter particular y contenido económico de los cuales pueda conocer la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo²⁴².

Por último, existe otra condición para que la conciliación en materia contenciosa-administrativa cumpla con su finalidad de zanjar directamente con las controversias suscitadas en el desarrollo de la actividad contractual del Estado: La aprobación judicial del acuerdo conciliatorio²⁴³, esto es, que el juez que hubiese sido investido

En firme la providencia de caducidad, se procederá a liquidar el contrato sin que haya lugar al pago de indemnización alguna a favor del contratista.

En ningún caso la aplicación de esta cláusula podrá ser sometida a conciliación o a decisión arbitral.

Los contratistas a quienes les sea declarada la caducidad quedarán inhabilitados para celebrar por sí, o por interpuesta persona, contratos con las entidades públicas definidas en la Ley 80 de 1993 (énfasis fuera del texto original)

²⁴⁰ Cfr.: art. 2.2.4.3.1.1.2. del D.1069/15.

²⁴¹ Art. 23. de la L. 640/01: Conciliación extrajudicial en materia de lo contencioso administrativo. Las conciliaciones extrajudiciales en materia de lo contencioso administrativo sólo podrán ser adelantadas ante los agentes del Ministerio Público asignados a esta jurisdicción

²⁴² Cfr.: art. 2.2.4.3.1.1.2. del D.1069/15.

²⁴³ *Ibidem*, art. 2.2.4.3.1.1.12. *Aprobación judicial. El agente del Ministerio Público remitirá, dentro de los tres (3) días siguientes a la celebración de la correspondiente audiencia, el acta de conciliación, junto con el respectivo expediente al juez o corporación competente para su aprobación.*

de competencia para resolver el hipotético litigio determine si la forma y el fondo de la conciliación están ajustadas a derecho²⁴⁴.

En síntesis, la conciliación en materia administrativa tiene las siguientes características: i) Se adelanta ante un conciliador perteneciente al Ministerio Público; ii) puede versar sobre cualquier asunto que sea susceptible de transacción o desistimiento; iii) la conciliación formal -o no sustancial- es requisito de procedibilidad para hacer ejercicio del medio de control de controversias contractuales y; iv) en caso de existir conciliación sustancial ésta debe ser aprobada por el juez que hubiese conocido del litigio.

En cuarto y último lugar, en sede de los MASC habilitados por el actual régimen, se describirá la amigable composición. Mecanismo que ha sido redefinido recientemente por el legislador, a través del art. 59 de la L.1563/12, de la siguiente forma:

La amigable composición es un mecanismo alternativo de solución de conflictos, por medio del cual, dos o más particulares, un particular y una o más entidades públicas, o varias entidades públicas, o quien desempeñe funciones administrativas, delegan en un tercero, denominado amigable componedor, la facultad de

²⁴⁴ CE, SCA, Secc. 3ra, Sub. C, A 23/05/12, Rad. 25000-23-26-000-2011-00582-01 (42881) En esta providencia, el CE señaló que para aprobar una conciliación en materia Contencioso-Administrativa el juez, unipersonal o colegiado, debía verificar -al igual que el funcionario del Ministerio Público- que el medio de control no hubiese caducado, que el acuerdo verse sobre controversias patrimoniales transigibles, la correcta integración del contradictorio y además, y no menos importantes, *que el acuerdo cuente con las pruebas necesarias que respalden lo reconocido patrimonialmente, y que no sea violatorio de la ley o no resulte lesivo para el patrimonio público.*

definir, con fuerza vinculante para las partes, una controversia contractual de libre disposición.

El amigable componedor podrá ser singular o plural.

La amigable composición podrá acordarse mediante cláusula contractual o contrato independiente.

Como se evidencia, es mecanismo heterocompositivo de conflictos, toda vez que la definición la adopta un tercero a las partes del contrato estatal. Entonces, en el desarrollo de las actividades propias del mandato que le dieron las partes, el tercero -amigable componedor- podrá *“precisar el alcance o forma de cumplimiento de las obligaciones derivadas de un negocio jurídico, determinar la existencia o no de un incumplimiento contractual y decidir sobre conflictos de responsabilidad suscitados entre las partes, entre otras determinaciones”*.

En este mecanismo, en todo caso, el amigable componedor no ejerce función jurisdiccional²⁴⁵ y, una vez el amigable componedor dirima la controversia, las partes -en virtud de la autonomía de la voluntad- están facultadas para revocarlo de consuno²⁴⁶.

Concluyendo con la exposición de este MASC se debe significar que, salvo estipulación en contrario, el amigable componedor no tendrá que ser abogado y deberá decidir en equidad.

2.3.3. Garantías

El num. 19 del art. 25 de la L.80/93 señalaba, de manera somera, la obligación que los contratistas tenían de garantizar la ejecución de los objetos específicos del

²⁴⁵ CCC, S SU-091/00.

²⁴⁶ *Ibidem*, S T-017/05.

contrato a través de pólizas de seguro y garantías bancarias²⁴⁷. Empero, en 2007, a través de la reforma que implantó la L.1150 se profundizó en esa obligación de los contratistas, así:

De las garantías en la contratación: Los contratistas prestarán garantía única para el cumplimiento de las obligaciones surgidas del contrato. Los proponentes prestarán garantía de seriedad de los ofrecimientos hechos.

Las garantías consistirán en pólizas expedidas por compañías de seguros legalmente autorizadas para funcionar en Colombia, en garantías bancarias y en general, en los demás mecanismos de cobertura del riesgo autorizados por el reglamento para el efecto. Tratándose de pólizas, las mismas no expirarán por falta de pago de la prima o por revocatoria unilateral. El Gobierno Nacional señalará las condiciones generales que deberán ser incluidas en las pólizas de cumplimiento de los contratos estatales.

El Gobierno Nacional señalará los criterios que seguirán las entidades para la exigencia de garantías, las clases y niveles de amparo de los riesgos de los contratos, así como los casos en que por las características y complejidad del contrato a celebrar, la garantía pueda ser dividida teniendo en cuenta las etapas o riesgos relativos a la ejecución del respectivo contrato.

El acaecimiento del siniestro que amparan las garantías será comunicado por la entidad pública al respectivo asegurador mediante la notificación del acto administrativo que así lo declare.

²⁴⁷ Debe significarse que, en vigencia del D.222/83, se exigían distintos amparos a los contratistas en diferentes etapas del contrato.

Las garantías no serán obligatorias en los contratos de empréstito, en los interadministrativos, en los de seguro y en los contratos cuyo valor sea inferior al 10% de la menor cuantía a que se refiere esta ley, caso en el cual corresponderá a la entidad determinar la necesidad de exigirla, atendiendo a la naturaleza del objeto del contrato y a la forma de pago, así como en los demás que señale el reglamento. (Subrayas fuera de texto)

Como se constata, el Legislador amplió implícitamente la gama de garantías que podía constituir el contratista en favor de la entidad, aunque la textura del resto del artículo parece centrarse exclusivamente en la especie de contrato de seguro y no en el género de las garantías. También, por medio de la citada L.1150/07 se estableció que el oferente en sede precontractual debe garantizar la seriedad de su oferta de celebrar un contrato con el Estado.

En reglamentación de la citada disposición, el D.1082/15, como se expresó *supra*, señala que existen tres clases de coberturas a constituirse en los contratos estatales: i) contrato de seguro contenido en una póliza; ii) constitución de patrimonio autónomo en favor de la entidad y iii) la constitución de garantías bancarias. De esa manera la reglamentación de las garantías de la contratación estatal busca cubrir los riesgos precontractuales, contractuales y extracontractuales²⁴⁸.

Los amparos que buscan prevenir los daños causados o resarcir la concreción de riesgos derivados por hipotéticas conductas constitutivas de responsabilidad precontractual, así como los riesgos contractuales que se pretenden cubrir son descritos en el mismo reglamento.

Así, la denominada garantía única de cumplimiento ampara una amplia gama de riesgos, incluidos los denominados *postcontractuales*, como el deterioro de la obra,

²⁴⁸ GÓMEZ LEE, Iván Darío, *El derecho de la Contratación Pública en Colombia*, Editorial Legis, Bogotá, 2013, p. 94.

con posterioridad a su entrega. Esto implica que la obligación accesoria de garantizar el objeto específico del contrato se extiende hasta después de que la obligación principal, temporalmente, se ha cumplido.

La tercera de las clases de garantías, es la que busca cubrir los riesgos derivados de daños extracontractuales causados a terceros, ajenos al contrato, como consecuencia de las conductas desplegadas en el giro ordinario de la actividad contractual. El alcance de la garantía que cubre los riesgos extracontractuales se estudió *supra*.

Ahora bien, se debe precisar que el contratante es quien determina los amparos, de los enunciados en las líneas precedentes, que deberá cubrir la garantía única. Esto lo establecerá de acuerdo con las necesidades que exija el objeto específico del contrato, siguiendo las pautas del EGCAP y del reglamento. Eso sí, por lo menos, incluyendo aquella garantía que ampare el incumplimiento en la prestación principal a cargo del contratista.

De lo preceptuado por la L.1150/07 y el D.1082/15 se puede concluir que las garantías expedidas en favor de las entidades estatales tiene ciertas características que la diferencian de la aplicación de su figura homónima en el derecho privado: (i) la única beneficiaria puede ser la entidad estatal; (ii) es un elemento natural del contrato estatal, pues -cuando son obligatorias- se entienden incluidas aún si las partes no las estipulan y, en caso de no tomarse, no habrá lugar a la ejecución del respectivo contrato; (iii) la garantía debe permanecer intangible aunque se hagan reclamaciones por parte de la entidad o se adicionen obligaciones al objeto contractual, ya que se debe preservar el interés público y (iv) la irrevocabilidad (en el caso de la póliza de seguro), esto es, que los efectos de la garantía no expiran por la revocación unilateral de las partes del contrato de seguro o por la falta de pago de la prima²⁴⁹.

²⁴⁹ EXPÓSITO VÉLEZ, Juan Carlos. *Forma y Contenido del Contrato Estatal*, op. cit., p. 160.

Sentado lo anterior, se procederá a describir, por ahora (luego se profundizará sobre ello), una de las discusiones más álgidas que, en la doctrina de la contratación estatal, se ha presentado en torno en las garantías contractuales²⁵⁰.

A su vez, como se señaló, el art. 7 de la L.1150/07 profundizó en el tópico de las garantías, aunque pareció regular concretamente lo atinente a las pólizas de seguro. En ese sentido, la mentada disposición señaló expresamente que “...el acaecimiento del siniestro que amparan las garantías será comunicado por la entidad pública al respectivo asegurador mediante la notificación del acto administrativo que así lo declare...”

Reglamentada la norma invocada, el artículo 2.2.1.2.3.1.19. del D.1082/15 determina los efectos jurídicos del acto administrativo que declara incumplimientos:

Efectividad de las garantías. La Entidad Estatal debe hacer efectivas las garantías previstas en este capítulo así:

1. Por medio del acto administrativo en el cual la Entidad Estatal declare la caducidad del contrato y ordene el pago al contratista y al garante, bien sea de la cláusula penal o de los perjuicios que ha cuantificado. El acto administrativo de caducidad constituye el siniestro.

2. Por medio del acto administrativo en el cual la Entidad Estatal impone multas, debe ordenar el pago al contratista y al garante. El acto administrativo correspondiente constituye el siniestro.

3. Por medio del acto administrativo en el cual la Entidad Estatal declare el incumplimiento, puede hacer efectiva la cláusula penal, si está pactada en el contrato, y ordenar su pago al contratista y al

²⁵⁰ Véase, por ejemplo, SOTELO ROJAS, Sandra Patricia, *op. cit.*, pp. 161-180. BENAVIDES, José Luis, *op. cit.*, p. 421. Y EXPÓSITO VÉLEZ, Juan Carlos, *Forma y Contenido del Contrato Estatal*, *op. cit.* p. 160.

garante. El acto administrativo correspondiente es la reclamación para la compañía de seguros. (Subrayas fuera de texto)

Los num. 1 y 2 del artículo citado difieren sustancial y formalmente de la normatividad que regula la efectividad de las pólizas de seguro en el derecho privado. Puesto que, el CCo. indica que el beneficiario del contrato de seguro debe informar a la compañía aseguradora del acaecimiento del siniestro dentro de los tres días siguientes a la fecha en que conoció o debió conocer de la ocurrencia del mismo²⁵¹. Una vez la aseguradora conoce del acaecimiento del siniestro puede formular objeciones -que busquen la *exclusión de su responsabilidad*²⁵²- dentro del mes siguiente²⁵³. En el evento que la compañía aseguradora objete la reclamación automáticamente la póliza perderá su fuerza ejecutoria y el beneficiario se verá forzado a acudir a la jurisdicción ordinaria para exigir el cumplimiento del contrato de seguro²⁵⁴.

Por el contrario, en materia de pólizas contractuales tomadas en favor de las entidades señaladas en el artículo 2º de la L.80 de 1993, las normas con fuerza de ley han establecido otro procedimiento, por ejemplo, el art. 86 de la L.1474/11 introdujo, a su vez, al ordenamiento el procedimiento para la imposición de multas, sanciones y declaratorias de incumplimiento:

Las entidades sometidas al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública podrán declarar el incumplimiento, cuantificando los perjuicios del mismo, imponer las multas y sanciones pactadas en el contrato, y hacer efectiva la cláusula penal. Para tal efecto observarán el siguiente procedimiento:

²⁵¹ CCo., art. 1075.

²⁵² *Ibidem*, art. 1077.

²⁵³ *Ibidem*, art. 1053.

²⁵⁴ BENAVIDES, José Luis, *op. cit.*, p. 421.

a) Evidenciado un posible incumplimiento de las obligaciones a cargo del contratista, la entidad pública lo citará a audiencia para debatir lo ocurrido. En la citación, hará mención expresa y detallada de los hechos que la soportan, acompañando el informe de interventoría o de supervisión en el que se sustente la actuación y enunciará las normas o cláusulas posiblemente violadas y las consecuencias que podrían derivarse para el contratista en desarrollo de la actuación. En la misma se establecerá el lugar, fecha y hora para la realización de la audiencia, la que podrá tener lugar a la mayor brevedad posible, atendida la naturaleza del contrato y la periodicidad establecida para el cumplimiento de las obligaciones contractuales. En el evento en que la garantía de cumplimiento consista en póliza de seguros, el garante será citado de la misma manera;

b) En desarrollo de la audiencia, el jefe de la entidad o su delegado, presentará las circunstancias de hecho que motivan la actuación, enunciará las posibles normas o cláusulas posiblemente violadas y las consecuencias que podrían derivarse para el contratista en desarrollo de la actuación. Acto seguido se concederá el uso de la palabra al representante legal del contratista o a quien lo represente, y al garante, para que presenten sus descargos, en desarrollo de lo cual podrá rendir las explicaciones del caso, aportar pruebas y controvertir las presentadas por la entidad;

c) Hecho lo precedente, mediante resolución motivada en la que se consigne lo ocurrido en desarrollo de la audiencia y la cual se entenderá notificada en dicho acto público, la entidad procederá a decidir sobre la imposición o no de la multa, sanción o declaratoria de incumplimiento. Contra la decisión así proferida sólo procede el recurso de reposición que se interpondrá, sustentará y decidirá en

la misma audiencia. La decisión sobre el recurso se entenderá notificada en la misma audiencia;

d) En cualquier momento del desarrollo de la audiencia, el jefe de la entidad o su delegado, podrá suspender la audiencia cuando de oficio o a petición de parte, ello resulte en su criterio necesario para allegar o practicar pruebas que estime conducentes y pertinentes, o cuando por cualquier otra razón debidamente sustentada, ello resulte necesario para el correcto desarrollo de la actuación administrativa. En todo caso, al adoptar la decisión, se señalará fecha y hora para reanudar la audiencia.

La entidad podrá dar por terminado el procedimiento en cualquier momento, si por algún medio tiene conocimiento de la cesación de situación de incumplimiento.

El procedimiento mencionado busca concretar la creación del Acto Administrativo que declara la caducidad del contrato o impone multas, el cual podrá ser impugnado²⁵⁵, por parte del contratista o la aseguradora, a través del recurso de reposición que regula el CPACA²⁵⁶, significando que en materia de contratación estatal solo opera ese recurso sobre los actos administrativos contractuales²⁵⁷.

En los eventos en que no se interponga dicho recurso, se interponga fuera de término o, simplemente, se resuelva en contra de las peticiones de la aseguradora o el contratista, el acto administrativo adquiere firmeza y, con ella, ejecutoriedad y ejecutividad. Por tal motivo, a partir de la notificación a la aseguradora, momento en

²⁵⁵ CE, SCA, Secc. 3ra, S 24/08/00, Rad. 11318.

²⁵⁶ CE, SCA, Secc. 3ra, S 06/06/07, Rad. 41001-23-31-000-2001-01343-01(30565)

²⁵⁷ Véase inc. 1 del art. 77 de la L.80/93.

que los actos administrativo se vuelven oponibles a terceros, el acto tendrá plena eficacia²⁵⁸.

Una vez el acto ha adquirido firmeza y es oponible entra en la órbita de los documentos que prestan mérito ejecutivo en favor de las entidades de la Administración Pública, más concretamente, ese acto se encuadra en el supuesto de hecho que describe el numeral tercero del art. 99 del CPACA, que señala que prestarán mérito ejecutivo “...los contratos o los documentos en que constan garantías, junto con el Acto Administrativo que declara el incumplimiento o la caducidad. Igualmente lo serán el acta de liquidación del contrato o cualquier Acto Administrativo proferido con ocasión de la actividad contractual...”.

En síntesis, en los eventos en que la Administración Pública declare la caducidad de un contrato o imponga multas al contratista, ésta podrá acompañar el acto administrativo que sancione al contratista a la póliza de seguro y con esos documentos estará facultada para acudir a la jurisdicción o al procedimiento de cobro coactivo para ejecutar el valor asegurado. Esta facultad, aplicable solo a los dos casos señalados, se constituye como una auténtica excepción al trámite de ejecución del valor asegurado que opera en el derecho privado. En virtud de la presunción de legalidad de los actos administrativos, en estos eventos, la compañía aseguradora debe acatarlo y, si es del caso, atacarlo judicialmente, sometiendo ese debate sobre la legalidad del acto administrativo a la jurisdicción contencioso administrativa.

Realizada las precisiones acerca de la efectividad de la póliza de seguros tomadas en favor de la Administración Pública en materia contractual, se procederá a concluir el *subacápite* relacionado con las garantías como cláusula natural al contrato estatal, señalando que las coberturas que son de la naturaleza del contrato son solo las contractuales y las extracontractuales. Puesto que, las precontractuales se

²⁵⁸ CE, SCA, Secc. 3ra, S 06/06/07, Rad. 41001-23-31-000-2001-01343-01(30565)

exigen en un momento previo a la existencia del contrato y, por ende, fácticamente están imposibilitadas para hacer parte del clausulado del contrato.

Ahora bien, se debe destacar que el reglamento faculta a las entidades contratantes a solicitar garantías que amparen riesgos diferentes a los que expresamente enuncia ese D.1082/15. En el evento que el contratante tome amparos adicionales, se estima que la cláusula sigue siendo de la naturaleza, porque aquélla es una sola, aunque el mecanismo pueda incluir múltiples amparos. Sin que, por esa sola circunstancia, se le pueda considerar como accidental.

2.4. Cláusulas accidentales en el contrato estatal

Por último, en el estudio adelantado en este acápite, se describirán las cláusulas o estipulaciones accidentales, que son aquellas que no implican la inexistencia del contrato o de la tipología contractual que desean las partes y que no le son inherentes a la categoría contrato estatal y a las tipologías contractuales específicas. Por ende, las cláusulas o estipulaciones accidentales solo serán aplicables al contrato cuando emergen del acuerdo manifiesto de las partes, salvo que dicho consenso sea contrario a las disposiciones de orden público (v.gr. EGCAP), a la moral y las buenas costumbres.

En ese orden de ideas, una vez señalado que las cláusulas accidentales son aquellas que existen solo cuando las partes las pactan, se debe precisar que, por su naturaleza eminentemente consensual, las mismas son incuantificables, ya que, pueden existir tantas cláusulas accidentales como obligaciones o contratantes las usen.

No obstante lo anterior, en este estudio se hará mención a las principales cláusulas accidentales que se pactan en los contratos estatales regulados por el estatuto general, que están relacionadas con el objeto de la investigación y que, a su vez, han sido objeto de controversia en la jurisdicción contencioso-administrativa, asaber: (i) la forma de pago; (ii) la cláusula penal pecuniaria; (iii) las sanciones

pecuniarias no resolutorias o no derivadas de resolución contractual; y (iv) la cláusula compromisoria.

2.4.1. Forma de pago

La forma de pago, no el precio, es la cláusula accidental por excelencia en los contratos onerosos de tracto sucesivo en el derecho privado. En los contratos estatales la forma de pago permite a los contratos un altísimo grado de libertad. No obstante, por asuntos relacionados con los correctos ejercicios fiscales, los pagos que se realicen al contratista deben atender unos parámetros mínimos²⁵⁹.

Más allá de lo anterior, este literal se ocupará de detallar las formas de pago que sugiere el art. 40 de la L.80/93, porque son de uso asiduo por parte de la Administración Pública y de sus contratantes. En ese orden de ideas, se procederá a realizar esa descripción, no sin antes mencionar que las partes del contrato estatal en ejercicio de la autonomía de la voluntad podrán nombrar y especificar, como lo consideren, las formas en que van a realizar o recibir el pago de las obligaciones dinerarias que contraen. Por ejemplo, las partes pueden pactar²⁶⁰, en los contratos de tracto sucesivo, un pago total al momento de terminar y liquidar el contrato, pago del total de las prestaciones ejecutadas a favor del Estado en varios emolumentos o a través de anticipos o pagos anticipados.

2.4.1.1. Anticipo y pago anticipado

El par. del art. 40 de la L.80/93 señala que “...en los contratos que celebren las entidades estatales se podrá pactar el pago anticipado y la entrega de anticipos,

²⁵⁹ Forma de pago en el contrato estatal de suministro.

²⁶⁰ Debe decirse que, en estricto tecnicismo jurídico, las partes están facultadas para pactar la forma de pago que estimene relevante. Empero, en realidad el contratista de derecho privado adhiere a la forma de pago que la entidad estatal le señala en los pliegos de condiciones.

pero su monto no podrá exceder del cincuenta por ciento (50%) del valor del respectivo contrato...” Una de las figuras más controversiales en el argot jurídico y periodístico en nuestro país ha sido justamente la entrega de estos dineros, pues como consecuencia de la exposición mediática, carente de técnica y lenguaje preciso, que se le ha dado al tema, la identificación de anticipo y pago anticipado suele hacerse difícil para el ciudadano e incluso para el operador jurídico.

El anticipo debe ser entendido como un dinero entregado por la entidad al contratista a título de crédito y cuya finalidad es cubrir los costos iniciales de la ejecución del contrato e impulsar la adecuada ejecución del mismo²⁶¹. Tanto así, que uno de los amparos que establece la garantía única de cumplimiento es el buen manejo y correcta inversión del anticipo.

Como se colige de lo manifestado, el anticipo es un crédito entregado por la entidad al contratista para que este lo destine a la ejecución del contrato. Por el contrario, el pago anticipado es, ahora sí, una forma de pago de las obligaciones que se da, por una cifra no superior al 50% total del contrato, al contratista antes de que este inicie la ejecución del contrato.

Empero, en la práctica contractual se diluye la diferenciación de ambos tipos de estipulación, pues los contratistas suelen destinar los pagos anticipados a la ejecución del contrato o los anticipos a fines que no están relacionado a la ejecución del objeto específico del acuerdo²⁶².

Aunado a lo anterior, dificultó la distinción de los conceptos expuestos, lo establecido en el art. 4° del D.4828/08 en el cual se solicitaba a los contratistas la constitución de uno de los medios de garantía, en favor de la entidad, para que amparara la correcta inversión del anticipo y el pago anticipado. Esta situación en

²⁶¹ CE, SCA, Secc. 3ra, S 22/06/01, Rad. 13436.

²⁶² EXPÓSITO VÉLEZ, Juan Carlos. *Forma y Contenido del Contrato Estatal*, op. cit., p. 168.

la actualidad se encuentra solventada en los arts. 2.2.1.1.2.4.1. y 2.2.1.2.3.1.7. del D.1082/13²⁶³.

En síntesis, los cocontratantes podrán pactar en ejercicio de la autonomía de la voluntad el pago anticipado (pago en sentido estricto) y la entrega de anticipos que podrán descontarse o compensarse de los pagos que se den al contratista durante la ejecución del contrato o a la terminación del mismo.

Por lo expuesto, ambas figuras se constituyen como estipulaciones u obligaciones, que en caso que se incumplan por parte de la entidad adscrita a la Administración Pública serán pasibles de causar intereses moratorios.

2.4.2. Sanciones pecuniarias no resolutorias o no derivadas de resolución contractual

El asunto de la imposición de sanciones, por parte de la entidad contratante, a los contratistas, cuya finalidad no es la terminación del vínculo contractual, sino compeler al contratista para que corrija sus conductas no diligentes y que se ajuste a las exigencias del objeto específico del contrato, ha sido uno de los empalmes más tortuosos entre el D.222/83 y el EGCAP.

El referido tránsito ha encontrado dos etapas, determinadas por la expedición de la L.1150/07. El primer periodo estuvo signado por la dispersión jurisprudencial y la exigua mención que hacía el art. 22 de la L.80/93 a las denominadas multas. Esto implicaba un cambio sustancial en materia de sanciones contractuales, pues en vigencia del D.222/83 las multas tenían la naturaleza de cláusula exorbitante, esto es, que en los contratos (propia)mente administrativos debía pactarse (o se entendía incluida por el ministerio de la ley) la facultad que la entidad contratante podía imponer multas en caso de mora o de incumplimiento parcial del contratista,

²⁶³ La imprecisión reglamentaria había sido refrendada por el D.734/12.



la imposición se hacía a través de un acto administrativo que gozaba de ejecutoriedad y ejecutabilidad²⁶⁴.

Por el contrario, la L.80/93 no incluyó la posibilidad de imponer multas a los contratistas para conminarlos al cumplimiento del contrato como una cláusula excepcional al derecho común. Lo que significaba, para algunos, que las partes estaban facultadas para pactar la cláusula de multas en virtud de la autonomía de la voluntad, sin embargo, en caso que la administración quisiera cobrar el valor pecuniario de la sanción debía acudir al juez para que este declarara el incumplimiento parcial del contratista e hiciera efectiva la obligación, tal como sucede en el derecho privado. En ese sentido se pronunció el supremo tribunal de lo contencioso administrativo en 1994:

Ahora bien, dentro de la autonomía que las partes mantienen en los contratos regidos por el derecho privado, entendiéndose entre ellos los que de antaño se llamaron de derecho privado de la administración, resulta conveniente precisar si es viable pactar multas periódicas y sucesivas por el incumplimiento a las obligaciones del contratante y si quien se considera acreedor de las mismas puede aplicarlas por sí, y ante sí, es decir, directamente, o, si por el contrario, lo que debe es aducir el referido incumplimiento y la respectiva estipulación, origen de las multas, para que el Juez del contrato sea quien decida tales aspectos.

Al respecto se tiene que conforme al principio general de la contratación, de la libertad y la autonomía privada consagrada en el Art. 1602 del C. Civil, cuando estipula que: "Todo contrato legalmente celebrado es una ley para los contratantes, y no puede ser invalidado sino por su consentimiento mutuo o por causas legales.", resulta posible que en el contrato de derecho privado se

²⁶⁴ Cfr. Art. 71 del D.222/83

faculte a una de las partes para imponer multas a la otra, tendiente a procurar o constreñir el cumplimiento de las obligaciones a su cargo o para sancionar el incumplimiento de las mismas.

Pero también es razonable que tal atribución negocial debe ser expresa, precisa, clara y limitada a los casos allí señalados, a la vez que los apremios o sanciones no sean desproporcionados, de tal suerte que se tomen irrazonables o inequitativos dentro del contexto general del negocio.

Con base en el principio de la igualdad absoluta de las partes en el contrato de derecho privado, ninguna de ellas puede arrogarse el privilegio de multar directamente a la otra por supuestos o reales incumplimientos de sus prestaciones debidas, dado que no se puede ser Juez y parte a la vez en dicha actividad negocial. Le corresponde por consiguiente al Juez del contrato, de acuerdo con lo alegado y probado, determinar si se dan los supuestos fácticos y jurídicos que justifiquen la imposición de la referida multa. Adicionalmente, en cada caso, el Juez ponderará si la cuantía y modalidad de las multas son razonables, equitativas y compensatorias al incumplimiento total o parcial, y aún en el caso del incumplimiento tardío, o defectuoso, o si por el contrario, aquellas resultan extremas, desproporcionadas o inequitativas, lo cual le permitirá mirarlas como ineficaces total o parcialmente, reducirlas, y, en fin, atemperarlas a las justas proporciones del caso²⁶⁵.

²⁶⁵ CE, SCA, Secc. 3ra, S 21/10/94, Rad. 9288.



Sin embargo, a partir de 1998 el mismo CE cambió su postura y señaló que, en virtud de la autotutela de la que goza la administración pública, ella podía imponer la multa al contratista, sin necesidad de acudir a la jurisdicción:

Definido como está que las multas pueden estipularse en los contratos estatales a manera de sanción ante el incumplimiento del contratista, el punto a considerar es si ese incumplimiento lo debe declarar el juez o si puede hacerlo directa y unilateralmente la administración a través de la expedición de un acto administrativo.

Para la Sala la administración si tiene competencia para imponer por si y ante si, sin necesidad de acudir al juez, las multas pactadas en un contrato estatal, en virtud del carácter ejecutivo que como regla otorga el art. 64 del decreto ley 01 de 1984 a todos los actos administrativos.

En efecto, de conformidad con el art. 77 de la Ley 80 de 1993 “en cuanto sean compatibles con la finalidad y los principios de esta ley, las normas que rigen los procedimientos y actuaciones en la función administrativa, serán aplicables en las actuaciones contractuales”.

A su vez, el artículo 23 del mismo estatuto prevé dentro de los principios con arreglo a los cuales se desarrollan las actuaciones contractuales, los particulares del derecho administrativo.

Si la contratación estatal en los términos del artículo 3º de la ley 80 de 1993 se dirige a que se cumplan “los fines estatales, la continua y eficiente prestación de los servicios públicos y la efectividad de los derechos e intereses de los administrados”, bien podrá la entidad pública contratante utilizar la cláusula de multas pactada en

el contrato para sancionar en forma directa la tardanza o el incumplimiento del contratista²⁶⁶.

Esta postura fue reiterada por el CE²⁶⁷ durante la primera década de aplicación de la L.80 de 1993. No obstante, en curso del año 2005 se volvió a formular la postura de la Sección Tercera y, con ello, se adoptó de nuevo la posición que tímidamente había esbozado la Sala Contenciosa-Administrativa a inicios de los años noventa, esto es, que la Administración Pública en su actividad contractual debía acudir al juez para imponer multas al contratista:

Según se observa, ni en ésta, ni en ninguna otra disposición de la misma Ley 80, se establece la facultad del Estado para incluir como cláusulas excepcionales la de multas o la penal pecuniaria, de donde se infiere que la derogatoria que se hizo del Decreto 222, incluyó así mismo la de estas dos figuras como potestades excepcionales del Estado.

No obstante lo anterior, no quiere ello decir que las partes, en ejercicio de la autonomía de la voluntad no las puedan pactar, tal y como se manifestó en precedencia y fue establecido por esta Sala mediante providencias de 4 de junio de 1998 y del 20 de junio de 2002, pero lo que no puede hacer, y en este sentido se recoge la tesis consignada en éstas mismas providencias, es pactarlas como potestades excepcionales e imponerlas unilateralmente, pues según se vio, dicha facultad deviene directamente de la ley y no del pacto o convención contractual y, a partir de la ley 80, tal facultad fue derogada. Por tanto, cuando quiera que habiendo sido pactadas las multas o la cláusula penal conforme a la legislación civil y comercial vigente, la administración llegare a percibir un

²⁶⁶ CE, SCA, Secc. 3ra, A 04/06/98, Rad 13988.

²⁶⁷ CE, SCA, Secc. 3ra, S 20/06/02, Rad 11001-03-26-000-2000-0004-01(19488)

incumplimiento del contrato, deberá acudir al juez del contrato a efectos de solicitar la imposición de la correspondiente multa o cláusula penal, en aplicación de lo previsto por el artículo 13 de la Ley 80 de 1993, pues, se insiste, carece el Estado de competencia alguna para introducirlas en el contrato como cláusulas excepcionales al derecho común y, de contera, para imponerlas unilateralmente²⁶⁸.

Por último, en sede de esta dispersión, la Sala de Consulta y Servicio Civil señaló que si la redacción de la cláusula de multa era diáfana, la multa se podría hacer exigible en sede administrativa:

Dado que en el derecho contractual vigente, no existe un referente legal exacto que permita interpretar y extraer los efectos jurídicos de una cláusula en la que se acuerde la facultad para “imponer al contratista multas,” en principio tal disposición debe ser interpretada siguiendo las reglas propias de las cláusulas penales, teniendo en consideración que si cumple una función de apremio o de garantía éstas deben ser inequívocas; y que en caso de duda en su interpretación, debe tomarse como cláusula penal a manera de tasación anticipada de perjuicios. Entonces, si esta cláusula penal intitulada como multa, es exigible a partir del incumplimiento o de la mora del contratista, la administración podrá cobrar su valor al contratista, bien sea incluyéndola en los actos administrativos en que se ejerza alguna de las potestades del artículo 18 de la ley 80 de 1993, bien sea adelantando un proceso ejecutivo contractual ante la jurisdicción contencioso administrativa. Igualmente podrá

²⁶⁸ CE, SCA, Secc. 3ra, S 20/10/05, Rad. 25000-23-26-000-1995-01670-01(14579)

compensarla de acuerdo con las reglas generales del Código Civil²⁶⁹.

El galimatías expuesto, se zanjó con la expedición de la L.1150/07, pues, en desarrollo del principio del debido proceso en la actividad contractual del Estado, a través de su art. 17, le otorgó la facultad a las entidades de la Administración pública -a las que les aplica el estatuto general- de imponer multas a su co-contratante, sujeto de derecho privado:

Del derecho al debido proceso. *El debido proceso será un principio rector en materia sancionatoria de las actuaciones contractuales.*

En desarrollo de lo anterior y del deber de control y vigilancia sobre los contratos que corresponde a las entidades sometidas al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, tendrán la facultad de imponer las multas que hayan sido pactadas con el objeto de conminar al contratista a cumplir con sus obligaciones. Esta decisión deberá estar precedida de audiencia del afectado que deberá tener un procedimiento mínimo que garantice el derecho al debido proceso del contratista y procede sólo mientras se halle pendiente la ejecución de las obligaciones a cargo del contratista. Así mismo podrán declarar el incumplimiento con el propósito de hacer efectiva la cláusula penal pecuniaria incluida en el contrato.

Parágrafo. La cláusula penal y las multas así impuestas, se harán efectivas directamente por las entidades estatales, pudiendo acudir para el efecto entre otros a los mecanismos de compensación de las sumas adeudadas al contratista, cobro de la garantía, o a

²⁶⁹ CE, SCSC, Cpto. 25/05/06, Rad. 11001-03-06-000-2006-00050-00(1748)



*cualquier otro medio para obtener el pago, incluyendo el de la
jurisdicción coactiva (énfasis fuera del texto original)*

Con la expedición de la norma citada se terminó la controversia jurisprudencial acerca de la facultad que tienen las entidades de la Administración Pública de imponer multas para apremiar al cumplimiento diligente y oportuno al contratista.

Sentado lo anterior, y una vez se ha expuesto que si las multas se pactan la Administración Pública no requiere acudir a la jurisdicción para hacerlas efectivas, solo resta describir los requerimientos formales que debe atender la administración para aplicarlas, esto es, adecuar al derecho fundamental del debido proceso la imposición de estas sanciones pecuniarias.

En relación con lo anterior, se debe significar que el citado art. 17 de la L. 1150/07 dispuso que la decisión de imponer multas a un contratista "...deberá estar precedida de audiencia del afectado que deberá tener un procedimiento mínimo (...) y procede sólo mientras se halle pendiente la ejecución de las obligaciones a cargo del contratista..."

Como se constata de la simple lectura del art. 17, el mismo resulta ser muy amplio y, por ende, permitía a las entidades, que no se adecuaban a criterios de legalidad teleológica, imponer multas en las cuales no se aplicaran procedimientos garantistas en los que el contratista o su garante pudieran esgrimir su defensa, porque, algunas, desconocían que estaban obligadas a aplicar el procedimiento administrativo general del CCA.

En atención a la vaguedad de la redacción del artículo en comento, con el art. 86 de la L.1474/11 se profundizó en las etapas de notificación y desarrollo de la audiencia de imposición de multas que de manera exigua mencionaba la L.1150, así:

*Las entidades sometidas al Estatuto General de Contratación de la
Administración Pública podrán declarar el incumplimiento,
cuantificando los perjuicios del mismo, imponer las multas y*

sanciones pactadas en el contrato, y hacer efectiva la cláusula penal. Para tal efecto observarán el siguiente procedimiento:

a) Evidenciado un posible incumplimiento de las obligaciones a cargo del contratista, la entidad pública lo citará a audiencia para debatir lo ocurrido. En la citación, hará mención expresa y detallada de los hechos que la soportan, acompañando el informe de interventoría o de supervisión en el que se sustente la actuación y enunciará las normas o cláusulas posiblemente violadas y las consecuencias que podrían derivarse para el contratista en desarrollo de la actuación. En la misma se establecerá el lugar, fecha y hora para la realización de la audiencia, la que podrá tener lugar a la mayor brevedad posible, atendida la naturaleza del contrato y la periodicidad establecida para el cumplimiento de las obligaciones contractuales. En el evento en que la garantía de cumplimiento consista en póliza de seguros, el garante será citado de la misma manera;

b) En desarrollo de la audiencia, el jefe de la entidad o su delegado, presentará las circunstancias de hecho que motivan la actuación, enunciará las posibles normas o cláusulas posiblemente violadas y las consecuencias que podrían derivarse para el contratista en desarrollo de la actuación. Acto seguido se concederá el uso de la palabra al representante legal del contratista o a quien lo represente, y al garante, para que presenten sus descargos, en desarrollo de lo cual podrá rendir las explicaciones del caso, aportar pruebas y controvertir las presentadas por la entidad;

c) Hecho lo precedente, mediante resolución motivada en la que se consigne lo ocurrido en desarrollo de la audiencia y la cual se entenderá notificada en dicho acto público, la entidad procederá a decidir sobre la imposición o no de la multa, sanción o declaratoria

de incumplimiento. Contra la decisión así proferida sólo procede el recurso de reposición que se interpondrá, sustentará y decidirá en la misma audiencia. La decisión sobre el recurso se entenderá notificada en la misma audiencia;

d) En cualquier momento del desarrollo de la audiencia, el jefe de la entidad o su delegado, podrá suspender la audiencia cuando de oficio o a petición de parte, ello resulte en su criterio necesario para allegar o practicar pruebas que estime conducentes y pertinentes, o cuando por cualquier otra razón debidamente sustentada, ello resulte necesario para el correcto desarrollo de la actuación administrativa. En todo caso, al adoptar la decisión, se señalará fecha y hora para reanudar la audiencia. La entidad podrá dar por terminado el procedimiento en cualquier momento, si por algún medio tiene conocimiento de la cesación de situación de incumplimiento.

En la actualidad, el procedimiento que enuncia el artículo citado es el que rige no solo la imposición de multas, sino también para la declaratoria de incumplimientos (como la que genera la caducidad del contrato que, como ya se mencionó, en materia de garantías, hace las veces del siniestro de la póliza de seguro) y decisiones consecuenciales.

2.4.2.1. Cláusula penal pecuniaria

Antes de describir los efectos que tiene la cláusula penal pecuniaria en materia del derecho civil, se debe precisar que, en lo atinente a la contratación estatal, las multas y la cláusula penal pecuniaria han recorrido caminos idénticos, es decir, la cláusula penal fue incluida en el D.222/83 como exorbitante; con la expedición de la L.80/93 perdió (formalmente) esa calidad y paso a ser una cláusula común, y frente a ello se originó un debate acerca de la posibilidad de hacerla efectiva a través de la autotutela de la que goza la Administración Pública y, por último, con la

promulgación de la L.1150/07 se facultó al co-contratante estatal a declarar un incumplimiento del contratista, sujeto de derecho privado, para efectos de hacer efectiva la sanción pecuniaria o tasación anticipada de perjuicios.

Ahora bien, en materia, la cláusula penal es definida por el art. 1592 del CCv. como “...aquella en que una persona, para asegurar el cumplimiento de una obligación, se sujeta a una pena que consiste en dar o hacer algo en caso de no ejecutar o retardar la obligación principal...” De la definición que se ofrece, es factible colegir que la cláusula penal es una obligación accesorio, porque está supeditada a la no satisfacción de la obligación principal, y que es eminentemente accidental, pues no se entiende envuelta en ningún tipo de negocio jurídico.

Sentado lo anterior, se destaca que la doctrina le ha otorgado dos propiedades a la cláusula penal pecuniaria, por un lado, su carácter *valorativo* y, de otro lado, su carácter *persuasivo*. La primera propiedad implica que las partes desde el momento de la celebración del contrato estiman el valor que tendrán los perjuicios que puedan derivarse del incumplimiento de las prestaciones o de la insatisfacción del acreedor²⁷⁰.

La segunda propiedad de la cláusula penal pecuniaria, se constituye como la posibilidad compeler, a través del cobro de una suma de dinero, a la parte incumplida de un contrato a la satisfacción oportuna de sus obligaciones, sin que ello implique la resolución del vínculo contractual²⁷¹.

Ahora bien, en el derecho civil, el incumplimiento, parcial o total, de una de las partes, que faculta a la otra a exigir la tasación consensuada y anticipada de perjuicios o sancionar el retardo a la otra, debe ser declarado por el juez. Lo que no implica que el juez revise la extensión del perjuicio efectivamente causado, pues el

²⁷⁰ ARRUBLA PAUCAR, Jaime Alberto, *Contratos mercantiles: Teoría General del Negocio Mercantil*, Editorial Legis, Bogotá, 2012, p. 150.

²⁷¹ *Ibidem*.

cobro de la suma pactada operara en virtud de la voluntad de las partes y no del arbitrio judicial²⁷².

De vuelta a los contratos estatales, el CE ha mostrado una postura disímil acerca de la posibilidad que el juez, unipersonal o colegiado, pueda ampliar o reducir la cláusula penal. En ese sentido, en sentencia de 2004²⁷³, citando a Larroumet el órgano de cierre de la jurisdicción contencioso-administrativa afirmó:

(...) la cláusula penal es una estipulación relativa a la sanción del deudor en caso de inejecución de su obligación contractual, lo que es un primer elemento de la definición de la cláusula penal. ...otro elemento de la cláusula penal, ... es el monto de los daños y perjuicios que establece. ...En otras palabras, la cláusula penal es una evaluación global de los daños y perjuicios a la cual proceden los contratantes de antemano para el caso en que el deudor no ejecute o ejecute de una manera defectuosa o con retardo su obligación.

La cláusula penal supone, en primer lugar, que el deudor es responsable para con el acreedor. En efecto, en el caso en que la inejecución de la obligación no sea imputable al deudor, el acreedor no podrá invocar a su favor la cláusula penal. En otras palabras, la cláusula penal viene a insertarse en el mecanismo de la responsabilidad del deudor y esta es una condición necesaria para que la cláusula penal produzca el efecto previsto. Sin embargo, al estipular una cláusula penal los contratantes exoneran al acreedor de aportar la prueba del daño que sufrió a causa de la inejecución de la obligación imputable al deudor. De allí se deduce que el juez

²⁷² LARROUMET, Christian, *Teoría General del Contrato*, Volumen 2, Editorial Temis, Bogotá, 1999, p. 124.

²⁷³ CE, SCA, Secc. 3ra, S 19/08/04, Rad. 25000-23-26-000-1990-6904-01(12342)

no tiene que investigar si el acreedor sufrió un daño cuando invoca en su favor la aplicación de la cláusula.

(...)

Por cuanto ella constituye una evaluación global de los daños y perjuicios, la cláusula penal obliga al juez. En efecto, la utilidad de la cláusula penal, sea que constituya un medio de presión sobre el deudor para obligarlo a cumplir, lo que supone una suma superior al daño sufrido por el acreedor, sea que se estipule en interés del deudor, caso en el cual la suma prevista será inferior al daño sufrido por el acreedor, sería nula si el juez puede negarse a aplicarla con el pretexto de que no corresponde exactamente al daño sufrido. La suma prevista se impone en todo su rigor y las partes no podrán impugnarla posteriormente”.²⁷⁴

La postura citada, fue reformulada por la misma Sección Tercera del Consejo de Estado, al estimar que el juez natural del contrato está facultado para reducir el monto económico de la cláusula penal pecuniaria cuando los perjuicios causados resultaren superiores a la tasación anticipada de los mismos, que consensuaron las partes en la etapa precontractual y al momento del perfeccionamiento del contrato. O, de otro lado, aumentar el monto de la sanción pecuniaria, con la debida prueba de la extensión del daño, cuando la tasación anticipada de perjuicios no repare todos los daños causado con el incumplimiento:

Considerando que la cláusula penal pecuniaria es una tasación anticipada de perjuicios, y que la entidad está exenta -para imponerla y cobrarla- de demostrar los daños sufridos a raíz del incumplimiento del contratista; se debe tener en cuenta que el juez tiene la competencia, previo juicio de proporcionalidad, para fijar su reducción, pues los postulados de dicho principio, así como el de

²⁷⁴ LARROUMET, Christian. *op. cit.*, p. 124.

equidad -este último como criterio auxiliar de la actividad judicial-, así se lo exigen. No obstante, si de lo que se trata es de reclamar el valor no cubierto con la cláusula penal -es decir, un mayor perjuicio-, ya no es el principio de proporcionalidad el que actúa, sino el de la prueba debida del monto de los daños, pues es sabido que la reparación de todo daño, además de ser integral, debe ser plena. La primera potestad ha sido otorgada al juez por los artículos 1596 del Código Civil y 867 del Código de Comercio. Estas normas, que permiten graduar la cláusula penal pecuniaria, contemplan una doble naturaleza al ejercicio de dicha potestad judicial, pues, además de erigirse como un “derecho” en favor de las partes, se establece como una obligación a cargo del juez, para efectos de considerar si la sanción pecuniaria se ajusta al principio de proporcionalidad y al criterio de la equidad. Así mismo, la doctrina ha estudiado el tema de la disminución judicial de la cláusula penal, admitiendo su procedencia, fundamentada, primordialmente, en la equidad y en el principio de proporcionalidad. No obstante, es importante hacer una precisión final sobre el tema de la imposición de la cláusula penal y su monto. Resulta que la ley señala que la cláusula misma es un cálculo anticipado de los perjuicios, de manera que si se incumple el contrato se debe pagar su valor, independientemente del monto del perjuicio. No obstante, esto tiene dos excepciones: i) Según el art. 1600 del C. C. no se puede pedir, a la vez, la pena y la indemnización de perjuicios -de hecho, la cláusula penal es un cálculo anticipado de estos-, salvo que así se haya pactado expresamente, en cuyo caso se puede perseguir lo uno y lo otro, y ii) de acuerdo con el artículo 1596 del C. C.: “Si el deudor cumple solamente una parte de la obligación principal y el acreedor acepta esta parte, tendrá derecho para que se rebaje proporcionalmente la pena estipulada por falta de cumplimiento de

la obligación principal.” De otro lado, si bien la ley establece la posibilidad de que la cláusula penal se reduzca en proporción a la parte ejecutada del contrato, esto no significa que el parámetro sea el monto del daño. En otras palabras, puede ocurrir que un contrato se haya cumplido en un 40%, de manera que podría reducirse la sanción en ese porcentaje, pero en tal supuesto bien podría ocurrir que no existan perjuicios, no obstante lo cual el deudor debe pagar la pena en la proporción indicada, como quiera que no es la magnitud del daño lo que define la reducción de la pena, sino la parte de la ejecución del contrato que haya realizado el deudor. Finalmente, cabe agregar que si el objeto del contrato es indivisible, de modo que sólo sirve al contratante su ejecución completa, el valor de la cláusula penal se debe pagar íntegramente; salvo que la administración acepte del contratista la parte ejecutada²⁷⁵ (énfasis fuera del texto original)

Como se constata de lo expuesto, en la actualidad, en caso que la cláusula penal pecuniaria sea pactada por la partes en virtud de la autonomía de la voluntad, cuando su redacción sea diáfana y su valor patrimonial claro y expreso. El incumplimiento, total o parcial, del contrato podrá ser declarado por la entidad contratante y, con ello, a través de Acto Administrativo ejecutable y ejecutorio, hacer exigible la cláusula penal en favor de la entidad.

Por último, se debe mencionar que algunos autores consideran como violatorio del principio de legalidad la imposición de multas o cláusulas penales pecuniarias, a través de Actos Administrativos, en los contratos estatales. Dicha postura la sustentan en la omisión que ha hecho el legislador en 1993 de incluir estas dos estipulaciones en comento como excepcionales y la omisión del legislador de 2007

²⁷⁵ CE, SCA, Secc. 3ra, S 13/11/08, Rad. 68001-23-31-000-1996-02081-01(17009)

en especificar que en desarrollo de ambas estipulaciones el Estado ejerce su poder sancionatorio.

2.4.2.2. Cláusula Compromisoria

La cláusula compromisoria es la última de las accidentales que se expondrán en este acápite. Ella implica sustraer la competencia radicada en cabeza de la jurisdicción Contenciosa-Administrativa para conocer de los litigios originados en un contrato estatal y, en virtud de la autonomía de la voluntad, le permite a las partes investir de competencia a un particular (o varios) para resolver los litigios derivados de la ejecución del contrato.

En Colombia, el art. 116 de la CPol. otorga a los particulares la posibilidad de administrar justicia de manera transitoria:

(...) Los particulares pueden ser investidos transitoriamente de la función de administrar justicia en la condición de jurados en las causas criminales, conciliadores o en la de árbitros habilitados por las partes para proferir fallos en derecho o en equidad, en los términos que determine la ley.

Dicha disposición constitucional fue regulada recientemente por la L.1563/12. Ley que definió la cláusula compromisoria, o pacto arbitral, como el negocio jurídico a través del cual las partes “...se obligan a someter a arbitraje controversias que hayan surgido o puedan surgir entre ellas...”

Adicional a lo anterior, la norma en comento, dispuso que pactar la cláusula compromisoria en un contrato conlleva la renuncia de los co-contratantes a hacer valer sus pretensiones ante la jurisdicción y, en caso que así lo pacten expresamente, a la posibilidad de que la controversia se zanje en derecho.

Más allá de que las partes tienen total libertad para investir a particulares de competencia para que zanjen sus controversias, las facultades de estos están limitadas, esto es, que los árbitros no podrán resolver asuntos que tengan relación con la legalidad de actos administrativos a través de los cuales se ejerzan potestades excepcionales²⁷⁶.

3. De las cláusulas excepcionales al derecho común o estipulaciones exorbitantes del contrato estatal

Como se expuso previamente, las cláusulas excepcionales al derecho privado fueron -por lo menos en Colombia-²⁷⁷ un criterio sustantivador que pretendía diferenciar, en el plano sustancial, el contrato que celebran las entidades de la Administración Pública y el contrato que celebran los sujetos de derecho privado. Ahora bien, como también se esbozó, en Colombia se ha superado la discusión sustantivadora del contrato administrativo y se ha optado por establecer un criterio orgánico, según el cual un contrato será estatal solo porque en él participa por lo menos una entidad adscrita o vinculada a la Administración Pública²⁷⁸.

De dicho cambio se desprende de que las cláusulas excepcionales cambiaron su nominación -antes cláusulas exorbitantes- con la siguiente concepción: (i) su estipulación no existe en el derecho privado; (ii) se hacen efectivas a través de la auto-tutela de la que goza la administración pública en sus actuaciones ordinarias; (iii) están enunciadas en el EGCAP y operan por virtud de la ley en las tipologías

²⁷⁶ Cfr.: CCC, S C-1436/00.

²⁷⁷ Se indica que en Colombia las cláusulas excepcionales al derecho privado fueron un criterio que permitió determinar qué jurisdicción era la encargada de conocer de los conflictos suscitados en los contratos administrativos. Ahora, en Colombia, el criterio que permite identificar el contrato estatal es el orgánico (Véase art. 2 de la L.80 de 1993)

²⁷⁸ CE, SCA, Secc. 3ra, Sub. A, S 31/03/11, Rad. 68001-23-15-000-1997-00942-01(16246)

que señala el artículo 14 de la L.80; y iv) su objeto es que el servicio público se cumpla -evitar su paralización-.

Sentado lo anterior se procederá a verificar si cada una de esas premisas opera para las cláusulas excepcionales que enuncia la L.80 de 1993: La primera característica que hace excepcionales a tales cláusulas que señaló el legislador en 1993 es que la inclusión de ellas en un contrato estatal implica una rareza frente a las que se estipulan en el derecho civil, pues el pacto de ellas es una típica expresión “...del carácter de poder público con que interviene la administración en los contratos administrativos, colocándose en una posición de superioridad jurídica...”²⁷⁹; Y su inclusión en un contrato celebrado entre dos personas de derecho privado es inusual o, en su defecto, puede determinar la ilicitud de la estipulación por contrariar normas de orden público²⁸⁰.

En ese sentido, será necesario determinar si efectivamente las cláusulas excepcionales no tienen instituciones homólogas en el derecho privado (o si su aplicación es inusual o ilícita), esto es, si en efecto son excepcionales al derecho privado, en su pacto.

Realizando un análisis holístico de las normas contractuales de derecho privado se evidencia que tal premisa no es absoluta. Puesto que facultades unilaterales también se le conceden a los contratantes particulares, por ejemplo; la posibilidad que establece el art. 1279 del CCv. al mandante para que termine unilateralmente el contrato; el *iusvariandi* propio de las relaciones laborales y el derecho a calificar un incumplimiento del co-contratante y el consecuencial derecho de retención, que entre otros casos, tiene el vendedor en los eventos en que no tiene seguridad de recibir el pago, conforme al art. 1882 del CCv.

²⁷⁹ BER AITZ, Miguel Ángel, *Teoría general de los Contratos Administrativos*, Editorial Deplama, Buenos Aires, 1980, p. 2009.

²⁸⁰ MARIENHOFF, Miguel, *Tratado de Derecho Administrativo*. Tomo III - A, Editorial Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1989, pp. 46 y 74.

Lo anterior, no implica que las exorbitancias de imponer gravámenes a los co-contratantes en el derecho privado solo surjan de la ley de contratación estatal, pues en virtud de la autonomía de la voluntad las partes se pueden imponer gravámenes que las faculden para terminar el contrato unilateralmente o retener parte de las retribuciones a título de sanción pecuniaria²⁸¹.

Ahora bien, como se vio, las hoy llamadas cláusulas excepcionales -por la L.80/93- no son del todo ajenas o extrañas al derecho privado, entonces, es preciso determinar si todas las cláusulas excepcionales se aplican a través de actos administrativos y, si ello, las hace en realidad exorbitantes.

Como se anotará más adelante, de las cláusulas excepcionales que lista la L.80/93, en los arts. 14 y ss, la única que no se aplica a través de acto administrativo es la de sometimiento de leyes nacionales. Ahora bien, como resulta claro la posibilidad de aplicar estas cláusulas a través de actos administrativos es una excepcionalidad frente al derecho privado, pero no lo es frente a otras cláusulas o circunstancias de los propios contratos estatales. A las que, en este texto, se estudiarán como excepciones derivadas de la integración de demás normas con fuerza de ley.

En lo atinente al tercer elemento que la doctrina tradicional enuncia sobre las cláusulas excepcionales, se debe significar que las cláusulas que expone la L.80 son un elemento de la naturaleza de los contratos estatales en las que es obligatorio incluirlos, salvo la cláusula de reversión que solamente aplica para el contrato de concesión y de APP.

Por último, se debe significar que la doctrina tradicional señala que el objeto de las cláusulas excepcionales no es otro que evitar la paralización del objeto contratado lo que se manifiesta expresamente en lo que señala la ley en materia de caducidad, interpretación unilateral, modificación unilateral y terminación unilateral. Por el contrario, eso no sucede en las cláusulas de reversión (en estricto sentido, porque

²⁸¹ BENAVIDES, José Luis, *El Contrato Estatal: entre el Derecho Público y el Derecho Privado*, op. cit., pp. 360 y ss.

el contrato termina, pero necesaria para continuar con la prestación del servicio), que es aplicable una vez se termina el contrato, y en la de sometimiento a las leyes nacionales.

Previo a analizar el contenido de cada una de estas cláusulas, como se expuso en líneas precedentes, y en consonancia con el propósito del último requisito que se listó, se debe significar que el legislador de 1993 estableció en qué contratos operarían, no operarían y podría operar estas estipulaciones. En los contratos en que el contratista ejerza una actividad que constituya un monopolio estatal, los que tienen por objeto la explotación o la concesión de bienes de las entidades estatales y los contratos de obra: es obligatorio incluir las cláusulas excepcionales, porque en aquellos contratos el interés general está implícito²⁸², lo que -como se verá *infra*- realmente no es ajeno a todos los contratos del EGCAP.

De otro lado, el art. 14 de la citada ley establece que en los contratos de suministro y de prestación de servicios las entidades o entes contratantes, en conjunto con los contratistas de derecho privado, pueden o no incluirse las cláusulas excepcionales. Estos contratos, cuya naturaleza es de raigambre netamente comercial, se caracterizan por ser de asiduo uso en la contratación estatal y, por ello, el legislador plasmó en el texto de la L.80 de 1993 la posibilidad que las partes pacten o no potestades excepcionales.

Esto a diferencia de otros contratos de amplio contenido comercial que, al aparentemente no tener relación directa con el servicio público y el interés general, no fueron listados por el legislador en 1993 y, en consecuencia, en ellos no podrían pactarse cláusulas excepcionales. Aún cuando su objeto y contenido sean similares a los dos contratos mercantiles en los que se permite la estipulación de estas facultades (Prestación de Servicios y Suministro)

Por último, en el mismo art. de la L.80 objeto de estudio prohibió, por razones de conveniencia -principalmente, económica-, incluir cláusulas excepcionales en

²⁸² *Ibidem.* p. 376.

contratos como el de donación, los que tienen por objeto el desarrollo de actividades científicas y tecnológicas, así como en los contratos con organismos internacionales o de cooperación, ayuda o asistencia y en los contratos entre entidades estatales. Contratos en los cuales se busca promover su celebración o seducir al oferente otorgándole la posibilidad de suscribir un contrato estatal en plena igualdad con la entidad contratante, a causa de los beneficios patrimoniales que para el co-contratante de derecho público representa la celebración de este tipo de negocios.

Como se denota de lo expuesto, existe un amplio grupo de contratos innominados desconocidos, aparentemente, por el art. 14 de la L.80/93. Dicho grupo está compuesto por todos los contratos típicos no mencionados y todos los atípicos civiles y comerciales. Por ejemplo, contrato de comodato, *leasing* o consultoría²⁸³, a pesar de que este último, por su objeto, es común para la administración y se podría asemejar al de prestación de servicios²⁸⁴.

²⁸³ CE, SCA, Secc. 3ra, 30/11/06, Rad. 25000-23-26-000-2001-01008-01(30832)

²⁸⁴ El CE ha diferenciado los dos contratos así: *En principio se puede establecer una diferencia sustancial entre estos dos tipos de contratos, pues, el de consultoría consiste, básicamente, en la realización de estudios, diseños y en la asesoría técnica al control y supervisión de proyectos, así como en la interventoría y en la gerencia y dirección de obras o proyectos, lo cual encierra una variedad muy amplia de actividades, todas ellas regidas por un común denominador de índole técnico y cargadas de un matiz especializado en la ejecución de este tipo de contratos. De este modo, el contrato de consultoría se caracteriza porque sus obligaciones tienen un carácter marcadamente intelectual, como condición para el desarrollo de las actividades que le son propias, aunque también se asocia con la aplicación de esos conocimientos a la ejecución de proyectos u obras. De otro lado, el contrato de prestación de servicios tiene un contenido más amplio, porque la ley 80 establece, en forma general, que su objeto consiste en el desarrollo de "... actividades relacionadas con la administración o funcionamiento de la entidad", contexto en el cual se pueden incluir actividades técnicas y no técnicas, profesionales o no, pues lo que determina esta clase de contratos es que las obligaciones se relacionen con*

Entonces, conforme a la jurisprudencia viegente, en el grueso de las tipologías contractuales típicas o atípicas se encuentran prohibidas las cláusulas excepcionales, pues el Consejo de Estado ha señalado que en ejercicio de la autonomía de la voluntad privada no es posible constituir este tipo de poderes, en contratos en los que la ley no ha impartido autorización expresa, o excluirlos en los

la administración y/o el funcionamiento de la entidad. Adicionalmente, es requisito legal para celebrar estos contratos, con personas naturales, que la entidad pública no cuente con personal de planta para ejecutar las tareas o que se requieran conocimientos especializados. Puede deducirse de todo esto que el criterio de distinción entre un contrato de consultoría y uno de prestación de servicios, cuando se presentan conflictos sobre el tipo de los mismos, parte de un criterio residual, que se formula de la siguiente manera: Todos los contratos que se encuadren en la descripción legal sobre lo que es una consultoría corresponderá a dicho tipo legal; los demás serán contratos de prestación de servicios. La razón de ese criterio reside en la especialidad de la definición, ya que la noción de contrato de consultoría es de menor alcance y más concreta que la de prestación de servicios. Además, la distinción entre estos dos contratos también se expresa en otros aspectos, como por ejemplo: i) en los contratos de consultoría no se pueden pactar cláusulas exorbitantes, porque la ley no lo autoriza; mientras que en los contratos de prestación de servicios es posible que las partes las pacten -art. 14, num. 2, inc. 2-, ii) para celebrar un contrato de consultoría, que sea producto de un concurso público, es necesario que los oferentes estén inscritos en el RUP -art. 22, inc. 1-, mientras que los contratos de prestación de servicios no lo requieren -art. 22, inc. 6, iii) los contratistas de prestación de servicios requieren estar afiliados al régimen de seguridad social en salud y de pensiones, mientras que los de consultoría no lo requieren -art. 50, ley 789 de 2003-, iv) el contrato de consultoría exige, cuando el valor supera la menor cuantía, que sea celebrado por el proceso de concurso público, mientras que el de prestación de servicios se puede celebrar en forma directa, en las condiciones previstas en el art. 24.1, lit. d), entre otras diferencias, como las de tipo fiscal, contenidas en el Estatuto Tributario. CE, SCA, Secc. 3ra, 30/11/06, Rad. 25000-23-26-000-2001-01008-01(30832)

que el legislador los ha previsto como obligatorios, esto es, que las cláusulas excepcionales solo operan como elemento natural de los contratos que expresamente señala la ley o elemento accidental en los contratos de prestación de servicios y el de suministro.

En síntesis, se puede manifestar, con relación a la teoría actual, que en Colombia las cláusulas excepcionales no tienen relación con el régimen jurídico del contrato estatal ya que su presencia no le otorga la categoría de contrato del Estado al acuerdo de voluntades. De otro lado, se debe significar que el fundamento de dichas cláusulas es la satisfacción del interés general a través de la garantía de la prestación de servicios públicos y, por último, -en virtud de lo anterior- el legislador estimó que ciertas tipologías contractuales son de mayor relevancia para el interés general y por ello, obligó a que en ellas se incluyan cláusulas excepcionales.

Precisado lo anterior, se indagará en cada una de las denominadas cláusulas excepcionales que lista la L.80/93, en sus arts. 15 a 19, es decir, las cláusulas de; interpretación unilateral; modificación unilateral; terminación unilateral; caducidad y reversión.

3.1. *Excepcionalidades Estatales derivadas de una cláusula*

En este acápite se estudiará una de las formas en que el estatuto general de contratación pública autorizó a los contratantes estatales, principalmente a las entidades o entes de la administración, para que a través de la inclusión o presunción de incorporación de cláusulas autorizadas por el legislador en los artículos 14 y subsiguientes de la L.80, garanticen la inmediata, continua y adecuada prestación de servicios.

3.1.1. *Cláusula de Interpretación Unilateral*

El art. 15 de la L.80/93 establece que si en el curso de la ejecución del contrato estatal se suscitan controversias entre las partes “...sobre la interpretación de

algunas de sus estipulaciones que puedan conducir a la paralización o a la afectación grave del servicio público que se pretende satisfacer con el objeto contratado, la entidad estatal, si no se logra acuerdo, interpretará en acto administrativo debidamente motivado, las estipulaciones o cláusulas objeto de la diferencia...”

Como se evidencia, el legislador concedió a las entidades y entes del Estado una facultad que *a priori* no tienen los co-contratantes en el derecho privado. Esa potestad consiste en interpretar, sin la anuencia del contratista de derecho privado²⁸⁵, el contrato a través de un Acto Administrativo cuando existan divergencias entre contratante y contratista sobre el entendimiento de una o varias cláusulas del negocio jurídico celebrado.

Igualmente, se constata que la procedencia de la interpretación unilateral de la entidad sólo se presenta cuando las diferencias interpretativas pueden conducir a la *paralización o a la afectación grave del servicio público* y las partes no llegaron a un acuerdo sobre la disquisición interpretativa, acudiendo principalmente a las reglas de interpretación contractual que señalan 1618, 1619, 1620 y 1621 del CCv. Adicional a los dos requisitos enunciados, existe un tercero que tiene relación con la temporalidad de la aplicación de esta cláusula excepcional, éste es, que solo podrá aplicarse la cláusula en el curso de la ejecución del contrato.

No debe confundirse el propósito de la cláusula de interpretación unilateral con la potestad de modificación unilateral del contrato por parte de la administración, toda vez, que en ejercicio de la facultad que otorga el art. 15 de la L.80/93, el contratante de derecho público está imposibilitado para modificar las estipulaciones del contrato a través del Acto Administrativo de interpretación.

²⁸⁵ A los contratistas de derecho privado que siguen las normas de contratación del EGCAP.

Lo anterior, nos conduce al estudio de la siguiente cláusula excepcional al derecho privado *nominada* por la L.80 de 1993, la modificación unilateral de los contratos estatales a los que rige el estatuto general de contratación.

3.1.2. Cláusula de modificación unilateral

La modificación unilateral del contrato es una facultad que concede el artículo 16 de la L.80/93 a las entidades contratantes, para que alteren o adapten el contenido de las obligaciones de un contrato estatal, la citada norma versa lo siguiente:

Si durante la ejecución del contrato y para evitar la paralización o la afectación grave del servicio público que se deba satisfacer con él, fuere necesario introducir variaciones en el contrato y previamente las partes no llegan al acuerdo respectivo, la entidad en acto administrativo debidamente motivado, lo modificará mediante la supresión o adición de obras, trabajos, suministros o servicios.

Si las modificaciones alteran el valor del contrato en veinte por ciento (20%) o más del valor inicial, el contratista podrá renunciar a la continuación de la ejecución. En este evento, se ordenará la liquidación del contrato y la entidad adoptará de manera inmediata las medidas que fueren necesarias para garantizar la terminación del objeto del mismo.

Sin embargo, las modificaciones a las obligaciones no pueden ser ajenas al objeto del contrato, ya que una variación de su objeto representaría la existencia de uno nuevo y, en caso de que ello suceda, la entidad con su actuación estaría burlando las normas sobre selección de contratistas que establecen la L.80/93, la L.1150/07 y el D.1082/115, al celebrar -en estricto sentido- un nuevo contrato con el antiguo contratista.

Aunada a la limitación que sobre la variación del objeto se establece, existe una limitación cuantitativa a las modificaciones que a las obligaciones contractuales



realice la entidad, las cuales no podrán superar el 50% del valor total del contrato - tal como lo establece el par. del art. 40 de la L.80-, esto es, que la entidad no podrá adicionar más obras o servicios que en su valoración patrimonial excedan la mitad del valor del contratado inicialmente, salvo en el contrato de interventoría, por autorización del art. 85 de la L.1474/11: *“Los contratos de interventoría podrán prorrogarse por el mismo plazo que se haya prorrogado el contrato objeto de vigilancia. En tal caso el valor podrá ajustarse en atención a las obligaciones del objeto de interventoría, sin que resulte aplicable lo dispuesto en el parágrafo del artículo 40 de la Ley 80 de 1993”*.

No obstante, el art. 16 de la L.80 de manera específica señala que el contratista podrá renunciar a su calidad de parte contractual en el evento en que el ente o entidad contratante realice una modificación igual o superior al 20% del valor contractual inicialmente pactado. Evento en el cual la administración se verá obligada a liquidar el contrato y buscar un nuevo ejecutor.

Con todo, debe significarse que, al igual que con la interpretación unilateral, la modificación unilateral del contrato es residual y procede solo cuando el acuerdo entre las partes sobre una posible alteración en las condiciones contractuales deviene en fallido y cuando el cambio en las condiciones del contrato resulta necesario para que la prestación del servicio público satisfaga el interés general.

Por último, en atención a la posibilidad de indemnización del contratista, se debe significar el inciso segundo del numeral primero del art. 14 de la L. 80 de 1993 señala lo siguiente:

En los actos en que se ejerciten algunas de estas potestades excepcionales deberá procederse al reconocimiento y orden de pago de las compensaciones e indemnizaciones a que tengan derecho las personas objeto de tales medidas y se aplicarán los mecanismos de ajuste de las condiciones y términos contractuales

a que haya lugar, todo ello con el fin de mantener la ecuación o equilibrio inicial.

Ahora bien, como -con acierto- lo señala Hernández Silva²⁸⁶, cuando el ejercicio de la facultad excepcional de modificación es regular o adecuado a derecho, surge en cabeza del contratista el derecho al pago de lo efectivamente ejecutado y no el de una indemnización²⁸⁷, porque no hay daño antijurídico imputable a una entidad del Estado, salvo que, so pretexto de la modificación se le irroguen perjuicios al contratista.

Por el contrario, cuando el ejercicio de la cláusula excepcional es irregular procederá la indemnización de perjuicios por expedición irregular de actos administrativos cuyos efectos acarrean el desequilibrio económico del contrato²⁸⁸.

En síntesis, la modificación unilateral procede residualmente cuando no se logra acuerdo con el contratista para alterar las condiciones del contrato de tal manera que permitan evitar la no satisfacción del interés general. Dicha modificación no podrá superar el 50% del valor del contrato inicialmente pactado y tendrá que tener el beneplácito del contratista cuando supere el 20% del valor pactado. Con todo, la modificación no implica que al contratista no se le remunere la ejecución adicional.

3.1.3. Terminación Unilateral

La tercera cláusula en la que se profundizará es, como su nominación lo indica, la que permite al Estado dar por terminado el contrato sin que se ejecute la totalidad de las prestaciones estipuladas al momento del perfeccionamiento.

²⁸⁶ HERNÁNDEZ SILVA, Aida Patricia, La responsabilidad contractual del Estado: ¿Una responsabilidad sin imputación?, Revista de Derecho Privado N°14, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2008, pp. 171-192.

²⁸⁷ CE, SCA, Secc. 3ra, S 29/04/99, Rad. 14855.

²⁸⁸ CE, SCA, Secc. 3ra, S 05/05/05, Rad. 66001-23-31-000-1997-03756-01(15326)

En ese sentido, el art. 17 de la L.80/93 ordena:

La entidad en acto administrativo debidamente motivado dispondrá la terminación anticipada del contrato en los siguientes eventos:

1o. Cuando las exigencias del servicio público lo requieran o la situación de orden público lo imponga.

2o. Por muerte del contratista, si es persona natural, o por disolución de la persona jurídica del contratista.

3o. Por interdicción judicial de declaración de quiebra del contratista.

4o. Por cesación de pagos, concurso de acreedores o embargos judiciales del contratista que afecten de manera grave el cumplimiento del contrato.

Sin embargo, en los casos a que se refieren los numerales 2o. y 3o. de este artículo podrá continuarse la ejecución con el garante de la obligación.

La iniciación de trámite concordatario no dará lugar a la declaratoria de terminación unilateral. En tal evento la ejecución se hará con sujeción a las normas sobre administración de negocios del deudor en concordato. La entidad dispondrá las medidas de inspección, control y vigilancia necesarias para asegurar el cumplimiento del objeto contractual e impedir la paralización del servicio.

Como se denota, y a diferencia de una de las potestades que se estudiarán en las líneas siguientes, la terminación unilateral no es una sanción que la entidad le imponga al contratista de derecho privado, sino que opera como un mecanismo que busca evitar la paralización del servicio público y, por ende, la insatisfacción del interés general. Dicha insatisfacción se puede presentar a causa de situaciones

taxativas que conducen a impedir la ejecución de prestaciones a cargo del contratista.

Es conveniente diferenciar las fuentes de la terminación unilateral que enuncia el art. 17 de la L.80/93 de las causales de nulidad absoluta 1ª, 2ª y 4ª que lista el art. 44 de la L. 80: "...1º. *Se celebren con personas incurras en causales de inhabilidad o incompatibilidad previstas en la Constitución y la ley; (...) 3o. Se celebren con abuso o desviación de poder. 4o. Se declaren nulos los actos administrativos en que se fundamenten...*" las cuales, según lo que establece el artículo 45²⁸⁹ de la misma ley contractual, conducen -igualmente- a la terminación del contrato por parte de la entidad a través de un Acto Administrativo.

Entonces, a diferencia de las causales de terminación unilateral que establece el art. 44 de la L.80/93, la terminación unilateral no buscan atacar una irregularidad derivada de la etapa precontractual que se percibe en la ejecución del objeto contratado, sino que busca poner en marcha medidas preventivas en miras que no se afecte la prestación de servicios públicos.

Sentado lo anterior, puede entrar a analizarse cada una de las causales que establece el art. 17 de la L.80/93:

- i) *Cuando las exigencias del servicio público lo requieran o la situación de orden público lo imponga.*

Esta causal obedece a factores externos a la diligencia y pericia del contratista, sujeto de derecho privado. Por el contrario, opera cuando la entidad contratante valora que la ejecución del contrato es inconveniente o inoportuna para las

²⁸⁹ El art. en cita versa lo siguiente: *En los casos previstos en los numerales 1o. 2o. y 4o. del artículo anterior, el jefe o representante legal de la entidad respectiva deberá dar por terminado el contrato mediante acto administrativo debidamente motivado y ordenará su liquidación en el estado en que se encuentre* (énfasis fuera del texto original)

necesidades del servicio público o la conservación del orden público. Con todo, en el estado de ejecución que se encuentre el contrato, la entidad contratante se verá obligada a indemnizar la utilidad que el contratista preveía obtener²⁹⁰.

- ii) *Por muerte o incapacidad física permanente del contratista, si es persona natural, o por disolución de la persona jurídica del contratista.*

Esta causal que prevé el art. 17 de la L.80/93, en el plano teórico es una muestra del carácter *intuitio personae* que reviste el contrato estatal. Puesto que, ante la desaparición del sujeto de derecho privado contratista, o su limitación de capacidades físicas permanentemente (siempre que le impidan ejecutar el objeto) en el caso de las personas naturales, la entidad está obligada a terminar el contrato en el estado en que se encuentre.

No obstante, debe destacarse que la entidad contratante deberá valorar cada situación en concreto, pues habrá eventos en que la incapacidad física del contratista persona natural no conlleve la imposibilidad de ejecutar el objeto del contrato²⁹¹.

²⁹⁰ CE, SCA, Secc. 3ra, S 16/07/98, Rad. 10652. "... En el derecho colombiano la institución de la terminación unilateral del contrato por razones de conveniencia u oportunidad opera por consideraciones de interés general, limitada a las causales ya enunciadas y tiene aplicación ante la presencia de factores que hagan inconveniente la ejecución del contrato celebrado y tornen imposible su cumplimiento, ya sea por perturbaciones en el lugar donde se lleve a cabo (orden público) o por incapacidad financiera de la entidad que lo celebró (crisis económica)..."

²⁹¹ CCC, S C-454/94.

iii) *Por interdicción judicial o declaración de quiebra del contratista.*

La causal, tal como la describe el art. 17 de la L.80/93, contiene dos situaciones fácticas diferentes. De un lado, la sobrevenida pérdida de uno de los atributos de la personalidad del contratista de derecho privado -persona natural- y, de otro lado, la *quiebra* y, por ella, la liquidación de la persona jurídica que funge como ejecutor del contrato. Ambas situaciones fácticas impiden que las prestaciones en favor del contratante se ejecuten porque la persona con la que se celebró el contrato desaparece.

iv) *Por cesación de pagos, concurso de acreedores o embargos judiciales del contratista que afecten de manera grave el cumplimiento del contrato.*

Las situaciones fácticas que describe la causal en estudio son eventos típicos que se deben presentar por *aleas* ajenas a la relación contractual. Sin embargo, el par. del art. en comento dicta que “...*La iniciación de trámite concordatario no dará lugar a la declaratoria de terminación unilateral. En tal evento la ejecución se hará con sujeción a las normas sobre administración de negocios del deudor en concordato. La entidad dispondrá las medidas de inspección, control y vigilancia necesarias para asegurar el cumplimiento del objeto contractual e impedir la paralización del servicio...*”

Entonces, en el evento que el contratista esté sujeto a un proceso reestructuración organizacional podrá continuar con la ejecución del contrato y simultáneamente recomponer su situación financiera.

Por último, en sede de estudio de la cláusula de terminación unilateral, se debe destacar que, en las causales en las que no desaparece el sujeto contratista, el garante de las obligaciones que no pueden ejecutarse por podrá continuar con el cumplimiento de las obligaciones.

3.1.4. Caducidad

El art. 18 de la L.80/93 define la caducidad como “... *la estipulación en virtud de la cual si se presenta alguno de los hechos constitutivos de incumplimiento de las obligaciones a cargo del contratista, que afecte de manera grave y directa la ejecución del contrato y evidencia que puede conducir a su paralización, la entidad por medio de acto administrativo debidamente motivado lo dará por terminado y ordenará su liquidación en el estado en que se encuentre...*”.

Se colige de la lectura del artículo citado que esta cláusula es un modo de terminación unilateral del contrato que puede aplicar la entidad cuando evidencie que incumplimiento de las obligaciones a cargo contratista pueden llevar a la paralización del contrato. Característica ésta que la diferencia de la terminación unilateral, pues aquella cláusula es una modalidad de terminación del contrato estatal por causas ajenas a al incumplimiento del contratista.

Esta facultad de la Administración Pública de terminar el contrato tiene una limitación temporal, esto es, que se debe ejercitar durante la etapa de ejecución del contrato, en el entendido que la entidad no puede detectar incumplimientos que afecten el servicio público en momentos en que el objeto contractual se ha ejecutado y se está liquidando²⁹².

En torno al límite temporal del que gozaba la Administración para declarar la caducidad del contrato se suscitó la controversia de si la entidad estaba o no facultada, para ejercer esta cláusula excepcional después de la terminación del contrato. Como ya se dijo, esta facultad puede ejercerse antes de entrar en la etapa de liquidación, pues, según la jurisprudencia, no se puede terminar un contrato cuyo

²⁹² CE, SCA, Secc. 3ra, S 12/07/12, Rad. 85001-23-31-000-1995-00174-01(15024) y de la Sub. C, S 24/10/13, Rad. 23001-23-31-000-2000-02857-01(24697) No obstante, el CE sostuvo la tesis de que dicha cláusula se podía ejercitar en la etapa de liquidación del contrato. Cfr.: CE, SCA, Secc. 3ra, S 09/04/92, Rad. 6491.



objeto debió entregarse previamente. Empero, la caducidad no solo implica el finiquito del vínculo negocial sino que se erige, también, como una sanción -por consecuencia- al contratista, tal como lo señala el inciso del artículo 18 de la L.80 de 1993 “...*Si se declara la caducidad no habrá lugar a indemnización para el contratista, quien se hará acreedor a las sanciones e inhabilidades previstas en esta ley. La declaratoria de caducidad será constitutiva del siniestro de incumplimiento...*”

Con base en lo que dispone el inciso del art. 18 de la L.80/93, se esbozó que la entidad estatal podría declarar la caducidad a la fecha de liquidación del contrato en su aspecto sancionatorio y no en su aspecto resolutorio. No obstante, la postura por la cual se ha decantado el Consejo de Estado ha señalado de manera diáfana que el límite temporal para la utilización de la potestad es la terminación del contrato.

Ahora bien, como se colige de lo expuesto, la declaratoria de caducidad conlleva las siguientes consecuencias para el contratista: i) terminación del vínculo contractual sin derecho a reparación o indemnización; ii) sanción pecuniaria a título de tasación anticipada de perjuicios -en el evento en que se haya pactado la cláusula penal pecuniaria-; iii) inhabilidad de cinco (5) años de participar en licitaciones o concursos con el Estado contados a partir de la ejecutoria del Acto Administrativo que declara la caducidad y; iv) la constitución del siniestro de incumplimiento en los amparos que se hayan garantizado a través de contrato de seguro en la ejecución del contrato.

Con todo, para la expedición del acto administrativo que declara la caducidad la entidad deberá respetar el debido proceso al contratista acatando, por lo menos, lo que establece el art. 86 de la L.1474/11. Derivado de ese trámite mínimo, la entidad expedirá el acto que debe ser motivado y expresar las condiciones fácticas y jurídicas que la llevan a declarar la caducidad. Ese Acto Administrativo puede ser impugnado en la *vía administrativa* (entiéndase recurso de reposición) por el



contratista, aunque esa impugnación no es requisito de procedibilidad para comparecer ante la jurisdicción Contencioso Administrativa²⁹³.

Sentado lo anterior, se podrá detallar sobre las dos circunstancias especiales de incumplimientos a normas con fuerza de ley, ajenas al EGCAP, que pueden concluir en que la entidad o ente contratante declare la caducidad de un contrato estatal:

Caducidad por acceder a peticiones o amenazas de actores al margen de la ley; en este la caducidad debe ser declarada por la entidad como consecuencia del incumplimiento, por parte del contratista, a la obligación que establece el quinto numeral del artículo 5 de la L. 80 de 1993 y que fue desarrollado en extenso por la L.782/02.

También, la entidad está facultada para declarar la caducidad de un contrato estatal cuando en un proceso de responsabilidad fiscal un contratista sea declarado responsable “...las contralorías a la autoridad administrativa correspondiente que declare la caducidad del contrato, siempre que no haya expirado el plazo para su ejecución y no se encuentre liquidado...”²⁹⁴.

En síntesis, se tiene que la caducidad es un modo de terminar el contrato estatal que opera por la impericia o falta de diligencia del contratista y que conlleva como efecto la posibilidad de imponer sanciones al contratista. Es de anotar acá que el uso de la cláusula de caducidad no impide que la entidad o el garante del cumplimiento del contrato continúen con la ejecución del objeto o que, en el evento que no se haya ejecutado más del 50% del proyecto, se pueda contratar a quien obtuvo el segundo lugar en el proceso de selección de contratistas que desembocó en el contrato²⁹⁵.

²⁹³ Véase el par. del art. 77 de la L.80/93

²⁹⁴ Véase art. 61 de la L. 610/00.

²⁹⁵ Cfr.: inc. 3 del art. 9 de la L.1150/07.

Con todo debe destacarse el uso de esta facultad por parte de la entidad contratante es potestativo, es decir, que si la entidad detecta un incumplimiento grave que pueda afectar la prestación del servicio, pero considera inconveniente o más lesivo para el intereses general declarar la caducidad podrá abstenerse a discreción de aplicar esta cláusula, siempre que adopte otra medida que permita cumplir, a satisfacción, con el proyecto público.

3.1.5. Sometimiento a las leyes nacionales

En atención a la naturaleza jurídica de la cláusula de sometimiento a leyes nacionales, la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado ha expresado lo siguiente:

Es mandato constitucional que las autoridades en un estado social de derecho estén sometidas al ordenamiento jurídico y es deber de los nacionales y extranjeros en Colombia acatar la Constitución y las leyes y respetar y obedecer a las autoridades (arts. 2º y 4º de la C.P.).

La inclusión del “sometimiento a las leyes nacionales”, exigida a la actividad contractual de las entidades públicas, como lo prevé el artículo 14 de la ley de contratación estatal, constituye desarrollo de tales preceptos y del principio de legalidad a la que está sometida la administración pública y cumple una función integradora en cada contrato pero no puede considerarse cláusula ni estipulación, por no contener acuerdo a pesar de su calificación legal como tal, excepto lo previsto en los artículos 13 y 70 de la ley contractual.

El sometimiento a las leyes nacionales permite comprender que las entidades públicas, como autoridades estatales estén obligadas por el legislador a desarrollar conductas unilaterales en la relación contractual, que no son propiamente consideradas excepcionales o

*exorbitantes, pero sí extrañas a los contratos entre quienes son iguales ante la ley, esto es, los particulares, regulados en su negocio por las mismas normas, además tienen libre disposición patrimonial y en sus relaciones contractuales el Estado es un tercero, por ende, son ajenos a las leyes que regulan las actuaciones públicas*²⁹⁶.

Como se sigue del aparte en cita, la sala consultiva del Consejo de Estado no la considera una cláusula, porque ella no implica un acuerdo. Si bien esa afirmación es cierta, la aplicación de ese criterio implicaría que las demás cláusulas excepcionales tampoco sean estipulaciones pues pueden existir eventos en que sobre el pacto de ellas no haya acuerdo en estricto sentido y las mismas se entiendan envueltas en el contrato *opere legis*. Empero, sobre la condición de estipulación o cláusula que tienen estas excepcionalidades se detendrá este trabajo en acápites posteriores.

Aquí se considera que no es cláusula excepcional, porque, como tal, no hay exorbitancia, ya que implica una regla típica, consiste en que la Administración Pública resuelva las controversias contractuales que se susciten en la ejecución de un contrato estatal de acuerdo a las normas colombianas.

3.1.6. Reversión

Esta cláusula, la última enunciada por el art. 14 de la L.80/93, solo opera en los contratos de explotación y concesión de bienes del Estado y, en concreto, el artículo 19 de la citada ley desarrolla su naturaleza jurídica en la que define que “...*al finalizar el término de la explotación o concesión, los elementos y bienes directamente afectados a la misma pasen a ser propiedad de la entidad contratante, sin que por ello ésta deba efectuar compensación alguna...*”

²⁹⁶ CE, SCSC, Cpto. 14/12/00, Rad. 1293.



A su vez, al respecto la L.1508/12, art. 31, precisa: *“En los contratos para la ejecución de Proyectos de Asociación Público Privada se deberán especificar los bienes muebles e inmuebles del Estado o de los particulares, afectos a la prestación del servicio o a la ejecución del proyecto, que revertirán al Estado a la terminación del contrato y las condiciones en que lo harán”*.

Como se sigue de la naturaleza jurídica de la reversión, en principio, la misma no reviste el ejercicio de una potestad excepcional de la Administración Pública, aunque se hace indispensable para continuar con la satisfacción del interés general, por cuanto, la misma opera cuando el objeto específico del contrato ya fue ejecutado, es decir, cuando se llegó, a través de la actividad del concesionario, a la satisfacción, sólo temporal, de la necesidad del ente o entidad contratante.

Sin embargo, debe destacarse que la reversión de los elementos o bienes necesarios para que el Estado continúe prestando de manera adecuada el servicio debe hacerse a través de acto administrativo y, aunque esa facultad se ejerza una vez terminado el vínculo contractual, allí se constituirá como una verdadera consecuencia de ese contrato.

Entonces, se evidencia que, salvo la excepción que se mencionó anteriormente, el legislador desconociendo el propósito de las cláusulas excepcionales incluyó como tal una cláusula, como se adelantó en este texto, esencial a la tipología contractual de concesión²⁹⁷ y descartó de la categoría de cláusula excepcional al derecho privado auténticas potestades excepcionales que ejercita la Administración Pública en la ejecución de los contratos estatales que regula el EGCAP.

²⁹⁷ Véase num. 4 del art. 32 de la L.80/93.

3.2. *Excepcionalidades derivadas de la integración de normas con fuerza de ley*

A diferencia de las cláusulas excepcionales que lista el art. 14 de la L.80/93, existen otras potestades excepcionales que no fueron catalogadas como estipulaciones exorbitantes (en el antiguo lenguaje) por la L.80 de 1993, pero que encuentran el mismo presupuesto, esto es, facultades que la ley otorga a la Administración para declarar estados contractuales sin consenso con el contratista, sujeto de derecho privado. Estas facultades inicialmente fueron dos; (i) la liquidación unilateral del contrato estatal y, (ii) la terminación del contrato como consecuencia de la concreción de una de las causales de nulidad absoluta establecidas en los numerales 1, 2 y 4 del art. 44 de la L.80/93. Además de la declaratoria de incumplimientos y siniestros, que se analizará más adelante.

Previo a ahondar en ellas, se debe significar que antes de la expedición de la L.1150, estas potestades eran catalogadas como tal, porque las mismas se aplicaban a través de la autotutela de la que goza el Estado. Sin embargo, a partir de la vigencia de la referenciada ley las cláusulas de garantías -en algunos eventos- multas y la cláusula penal podrían aplicarse a través de actos administrativos, razón por la cual, actualmente, sería riguroso incluirlas en este grupo.

No obstante lo anterior, con el propósito de no extenderse en un par de cláusulas sobre las cuales ya se detuvo este escrito, se desarrollará este acápite sin mencionarlas. Eso sí, recordándole al lector que debe tener presente esta precisión en todo momento.

Sentado lo anterior, se procederá a analizar las dos principales potestades mencionadas:

3.2.1. Liquidación Unilateral de los contratos estatales

La liquidación del contrato es un balance o ajuste formal de la ejecución del contrato²⁹⁸ y dicho ajuste se realiza con el propósito principal (no único) de que “...las partes establezcan, con fundamento en el desarrollo del contrato, las acreencias a favor o en contra de casa uno²⁹⁹...”

Dicho ajuste de cuentas debe realizarse una vez el contrato termine, es decir, una vez se haya concluido la etapa de ejecución del contrato. También, es conveniente aclarar que cuando la etapa de ejecución concluya de manera irregular (causales de terminación que establece el art. 17 de la L.80; o la concreción de una de las causales de nulidad absoluta establecidas en los numerales 1, 2 y 4 del art. 44 de la misma ley; o la declaratoria de caducidad del contrato por parte de la entidad) la entidad estatal está obligada a promover la liquidación del negocio jurídico.

Ahora bien, el EGCAP establece el plazo para liquidar el contrato, así:

Los contratos de tracto sucesivo, aquéllos cuya ejecución o cumplimiento se prolongue en el tiempo y los demás que lo requieran, serán objeto de liquidación. La liquidación de los contratos se hará de mutuo acuerdo dentro del término fijado en los pliegos de condiciones o sus equivalentes, o dentro del que acuerden las partes para el efecto. De no existir tal término, la liquidación se realizará dentro de los cuatro (4) meses siguientes a la expiración del término previsto para la ejecución del contrato o a

²⁹⁸ Cfr.: Real Academia Española. *Diccionario de la lengua española*, Madrid, Real Academia Española, 1992, p. 892.

²⁹⁹ HERNÁNDEZ SILVA, Aida Patricia, *La liquidación del Contrato Estatal*, Revista digital de Derecho Administrativo, Universidad Externado de Colombia, N°1, 2009, p. 3, disponible en <http://revistas.uexternado.edu.co/index.php/Deradm/article/view/2597/2236>.

la expedición del acto administrativo que ordene la terminación, o a la fecha del acuerdo que la disponga.

En aquellos casos en que el contratista no se presente a la liquidación previa notificación o convocatoria que le haga la entidad, o las partes no lleguen a un acuerdo sobre su contenido, la entidad tendrá la facultad de liquidar en forma unilateral dentro de los dos (2) meses siguientes, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 136 del C. C. A.

Si vencido el plazo anteriormente establecido no se ha realizado la liquidación, la misma podrá ser realizada en cualquier tiempo dentro de los dos años siguientes al vencimiento del término a que se refieren los incisos anteriores, de mutuo acuerdo o unilateralmente, sin perjuicio de lo previsto en el artículo 136 del C. C. A.

Los contratistas tendrán derecho a efectuar salvedades a la liquidación por mutuo acuerdo, y en este evento la liquidación unilateral solo procederá en relación con los aspectos que no hayan sido objeto de acuerdo³⁰⁰.

Como denota el estatuto, en los contratos de tracto sucesivo, en aquellos de ejecución instantánea cuya ejecución se prolongue en el derecho, el término de liquidación deberá estar fijado en el pliego de condiciones, o, en su defecto, en el documento que contenga el contrato.

La disposición anterior obedece a la lógica que en los contratos de ejecución instantánea con prestación única, no puede presentarse desajustes en las cuentas de los co-contratantes, toda vez que el negocio jurídico se perfecciona, ejecuta y

³⁰⁰ Cfr.: Arts. 60 y 61 de la L.80/93 modificados y/o derogados por el art. 11 de la L.1150/07.

extingue en un mismo momento en el tiempo. Empero, el legislador convenientemente precisó que deben liquidarse algunos contratos que por su naturaleza serían de ejecución instantánea porque en ellos una o varias obligaciones podían diferirse en el tiempo³⁰¹.

Ahora bien, en dichos contratos -susceptibles de ser liquidados- la ley establece que las partes pueden acordar el plazo para realizar el balance, en virtud de la autonomía de la voluntad. Sin embargo, ante la ausencia de estipulación sobre ello, deberán hacerlo en los cuatro (4) meses siguientes a la terminación del contrato estatal.

En caso que no haya acuerdo o el acuerdo sea parcial, la ley faculta a la entidad estatal para expedir un Acto Administrativo que liquide el contrato, el cual podrá ser impugnado por el contratista en sede administrativa y/o sede judicial.

Si vencido dicho plazo el contrato no se liquida, el contratista podrá acudir a la jurisdicción Contenciosa-Administrativa con la pretensión de que el juez ajuste las cuentas del contrato estatal dentro de los dos (2) años siguientes al vencimiento del término para liquidar unilateralmente, del que disponía el contratante.

Con todo, la Administración Pública podrá dentro de esos 2 años proferir el acto administrativo que liquide el contrato, siempre que no se le haya notificado el auto admisorio de la demanda impetrada por el contratista cuyo propósito es zanjar la controversia³⁰². En el mismo plazo de los 2 años podrá liquidarse de consuno.

³⁰¹ CE, SCSC, Cpto. 01/12/99, Rad. 1230.

³⁰² Véase CE, SCA, Secc. 3ra, S 22/06/00, Rad. 12723: “...Sala estima que la Administración puede en el tiempo liquidar unilateralmente, aunque vencieron los plazos a que aludió la jurisprudencia para realizar la liquidación bilateral o unilateral, hasta antes de que se le notifique la admisión de la demanda, en la cual se pretende que el juez se pronuncie sobre la liquidación del contrato; hecho a partir del cual se le da certeza a la Administración de que el asunto se volvió judicial (principio de publicidad), siempre y cuando dicha notificación se haga dentro del término de

En el evento que expire ese plazo de dos años, que es el término de caducidad de la acción con pretensiones de controversias contractuales, para que el contratista

prescripción o caducidad, según el caso. Los plazos indicados por la jurisprudencia, de una parte, para efecto de la liquidación de mutuo acuerdo por las partes, cuando en el contrato no se había pactado uno y, de otra parte, para la liquidación unilateral por la Administración, cuando los contratantes no lograban acuerdo, tienen su base legal en normas generales, a falta de especiales, situación autorizada en la ley 153 de 1887 (art. 48). La jurisprudencia ha sido muy clara en precisar que el término máximo que tiene la Administración - antes de la entrada en vigencia de la ley 80 de 1993 - para liquidar unilateralmente el contrato es el relativo al de prescripción o de caducidad de la acción de controversias contractuales. Y tal conclusión tiene fundamento en una deducción lógica. Nótese que a partir de la omisión administrativa para liquidar el contrato la ley le otorga al contratista un término para demandar ante la jurisdicción de lo Contencioso Administrativo el incumplimiento de la Administración - del deber de liquidarlo - o la liquidación judicial del contrato, u otras pretensiones. Por consiguiente como la ley sí fija un término para demandar esa omisión administrativa se colige que el plazo máximo que tiene la Administración para liquidar unilateralmente el contrato dependerá de dos situaciones: Primera: Si el contratista no demandó la liquidación judicial o el incumplimiento administrativo - nacido de la omisión de la Administración del deber de liquidar - el término que tendrá la Administración para liquidar será hasta el día anterior al en que vencería hipotéticamente el término para el contratista, para acudir al juez, en demanda de esa omisión Administrativa, para efecto de la liquidación judicial o de otros objetos. Segunda: Si por el contrario el contratista sí demandó la liquidación judicial del contrato por el incumplimiento de la Administración del deber de liquidar el contrato, el término que tendrá la Administración será hasta antes de que sea notificada del auto admisorio de la demanda, siempre y cuando desde la omisión de liquidar no haya transcurrido, hipotéticamente, el plazo legal máximo, de prescripción o caducidad, según el caso, para promover ante el juez la demanda correspondiente. Así entonces la incompetencia en el tiempo para que la Administración liquide unilateralmente nace del hecho relativo a que la competencia para liquidar el contrató se tornó, hipotéticamente, en judicial...”

exija la liquidación judicialmente o que la entidad liquide unilateralmente el contrato, no se podrá realizar dicho acto de liquidación y la entidad y el contratista pueden verse abocados a la imposibilidad de acceder a la contraprestación de las prestaciones ejecutadas y los agentes del Estado serán pasibles de ser punidos penal, fiscal y/o disciplinariamente³⁰³.

De otro lado, en sede de liquidación de contratos estatales, en la jurisprudencia del supremo tribunal de lo Contencioso Administrativo se ha controvertido acerca de los conceptos que se deben ajustar a través del acto o acuerdo de liquidación, esto es, si las labores adicionales ejecutadas por el contratista, la responsabilidad contractual no declarada y/o las multas o sanciones pecuniarias que no estén en firme deben incluirse en la liquidación³⁰⁴.

Más allá de esa pugna doctrinal, se estima que los rubros listados en el párrafo precedente no son susceptibles de ser tratados en la liquidación, pues los mismos no nacieron a la vida jurídica y los actos jurídicos que le dan existencia sustancial a esos hechos son: el otrosí o contrato adicional; la declaratoria judicial de responsabilidad; y el Acto Administrativo que impone la multa o sanción pecuniaria, respectivamente.

No es la liquidación la forma que da vida jurídica a esos hechos, por ende, se considera que dicha controversia jurisprudencial, desde el punto de vista estrictamente teórico, es aparente³⁰⁵.

Como se colige de la descripción realizada, la liquidación de los contratos estatales implica que la Administración Pública goza de una prerrogativa o potestad excepcional, en relación con el derecho privado, que no fue incluida como cláusula excepcional. Empero, huelga precisar que no todos los eventos de liquidación, por

³⁰³ CE, SCSC, Cpto. 01/12/99, Rad. 1230.

³⁰⁴ La controversia es analizada rigurosamente en el siguiente artículo: HERNÁNDEZ SILVA, Aida Patricia. *La liquidación del Contrato Estatal*, op. cit., p. 3.

³⁰⁵ *Ibídem*.

terminación normal o anormal del contrato, son una potestad excepcional, solo lo es la liquidación unilateral pues la liquidación bilateral no denota el ejercicio de ninguna facultad de la que no gozan los particulares.

Ahora bien, se estima de trascendencia resaltar que, en la aplicación de la potestad de liquidación unilateral del contrato estatal, al igual que las cláusulas excepcionales, emerge de la necesidad de proteger el interés general a través de una prerrogativa del Estado, pues aunque, opera cuando el contrato ya terminó (por cualquier causa), busca la protección de los recursos públicos.

3.2.2. Terminación del contrato como consecuencia de la concreción de una de las causales de nulidad absoluta establecidas en los num. 1, 2 y 4 del art. 44 de la L.80/93

El art. 45 de la L.80/93 crea la obligación para el jefe o representante legal de la entidad contratante de terminar anticipadamente y liquidar el contrato cuando el contratista este incurso en una causal de incompatibilidad o inhabilidad; cuando el contrato se haya celebrado contra expresa prohibición constitucional o legal; o cuando la jurisdicción Contencioso Administrativo declare nulos los Actos Administrativos en que se fundamentó el contrato.

Esta potestad, para BENAVIDES, constituye de fondo un poder excepcional al derecho privado de declarar administrativamente la nulidad del contrato³⁰⁶, esto es, que el art. 45 de la L.80 de manera implícita concedió a la entidad la facultad de catalogar ciertos hechos como constitutivos de causas de nulidad.

Sin duda, la facultad es excepcional, porque envuelve la terminación unilateral del contrato, mas no porque la Administración declare su nulidad. A ella, le corresponde constatar los eventos que coinciden con tres de las causales especiales de nulidad absoluta. En todo caso, es una facultad a través de la cual la Administración corrige

³⁰⁶ BENAVIDES, José Luis, *op. cit.*, p. 408.

deficiencias originadas en la etapa precontractual, con el propósito de proteger la moralidad pública³⁰⁷.

Por último, previo a la conclusión de este apartado, se debe precisar que existe un evento en el cual la normativa permite incluir las cláusulas excepcionales a las que alude el art. 14 de la L.80/93, en contratos no sometidos al EGCAP. En materia de servicios públicos “...Las comisiones de regulación podrán hacer obligatoria la inclusión, en ciertos tipos de contratos de cualquier empresa de servicios públicos, de cláusulas exorbitantes y podrán facultar, previa consulta expresa, que se incluyan en los demás. Cuando la inclusión sea forzosa, todo lo relativo a tales cláusulas se regirá, en cuanto sea pertinente, por lo dispuesto en la Ley 80 de 1993, y los actos en los que se ejerciten esas facultades estarán sujetos al control de la jurisdicción contencioso administrativa...”³⁰⁸.

Lo anterior implica, que se pacten exorbitancias en contratos cuyo régimen es de derecho privado. No obstante, solo las excepciones que establece el art. 14 de la L.80 y no las potestades *innominadas*.

4. Algunas inconsistencias teóricas de la dogmática tradicional sobre las cláusulas excepcionales

Una vez realizada la descripción sobre el régimen jurídico del contrato estatal y el contenido y clasificación de sus cláusulas, este trabajo se ocupará de analizar a la luz del fundamento de las cláusulas excepcionales las inconsistencias existentes en la clasificación que propone el estatuto general de contratación de la Administración Pública.

³⁰⁷ Que se puede ver afectado por celebrarse con un contratista incumplido o desconociendo la normatividad en que debe fundarse.

³⁰⁸ Véase art. 31 de la L.142/94, modificado por el art. 3 de la L.689/01.

Con aquel propósito, en primer lugar, deberá desentrañarse el fundamento de la existencia de las cláusulas excepcionales en la contratación estatal colombiana. Ulteriormente, se analizará si las cláusulas excepcionales que lista la L.80 de 1993 cumplen efectivamente con el fundamento teórico de tal clase de estipulaciones. Posteriormente, se verificará si las potestades excepcionales no listadas como cláusulas excepcionales cumplen con el fundamento de tales estipulaciones y, por último se analizará, si, en efecto, la clasificación atiende a la finalidad de este tipo de potestades.

4.1. *Fundamento o finalidad de las cláusulas excepcionales*

En el derecho colombiano, como en el derecho francés³⁰⁹, la particularidad de las cláusulas excepcionales reside en su relación con el servicio público³¹⁰. El servicio público es la razón por la cual teóricamente ese tipo de estipulaciones no son aplicables en el derecho privado.

Lo anterior implica que, a partir de la promulgación de la L.80/93³¹¹, se modificó la noción abstracta de interés general que sustentaba las exorbitancias que previa el título IV del D.222/83 y, en su lugar, instauró una legitimación concreta para ejercer excepcionalidades. Lo que le daría, en apariencia, coherencia con el postulado del art. 13 de la L.80/93³¹².

Tal legitimación concreta del interés general en las cláusulas excepcionales se manifiesta a través de las finalidades específicas que estas estipulaciones tienen. Como lo señalan los arts. 15, 16 y 18 *ibídem* el propósito de la interpretación,

³⁰⁹ A diferencia del derecho francés, en Colombia el servicio público es el fundamento de las cláusulas excepcionales. En Francia estas cláusulas son el fundamento de todo contrato estatal.

³¹⁰ BENAVIDES, José Luis, *op. cit.* p. 368.

³¹¹ Legislación que restringió los poderes exorbitantes de la administración en relación con el anterior estatuto contractual.

³¹² BENAVIDES, José Luis, *op. cit.*, p. 373.

modificación y caducidad es evitar la paralización y afectación grave del servicio público.

En un lenguaje más simple, se podría decir que el propósito de las cláusulas excepcionales es garantizar el cumplimiento exitoso del proyecto contratado y no, *prima facie*, sancionar o conminar al contratista a una ejecución adecuada³¹³ o, como señala ESCOBAR GIL, es asegurar el logro de los objetivos del Estado³¹⁴.

Ahora bien, de la redacción de la L.80/93 se puede inferir que curiosamente el legislador en aquel momento consideró que existen unas tipologías u objetos contractuales más cercanos a la satisfacción de las finalidades del Estado que las demás tipologías contractuales, la gran mayoría. En aquel sentido, señaló que las cláusulas excepcionales son obligatorias o potestativas en un grupo reducido de contratos.

Entonces, solamente -según la doctrina generalizada- en la ejecución de las tipologías contractuales en las que es obligatorio el pacto de cláusulas excepcionales el Estado goza del privilegio de decisión unilateral y ejecutoria de su voluntad contractual para garantizar el cumplimiento de sus finalidades (garantizar la prestación regular, continua y eficiente del servicio público) y en la ejecución del resto de tipologías contractuales, tendrá que garantizar el éxito en la prestación del servicio público a través de herramientas ordinarias ejercidas en un plano de igualdad con el contratista, como si con estos se buscara la satisfacción de necesidades.

³¹³ PALACIO JARAMILLO, María Teresa, *Parámetros Constitucionales para la Determinación de un Régimen Jurídico en Colombia*, Revista de Derecho Público N°14, Universidad de los Andes, 2002, p. 19-33.

³¹⁴ ESCOBAR GIL, Rodrigo, *op. cit.*, p. 363. El autor con claridad señala al respecto: “...La nota peculiar de los contratos administrativos es la presencia de un conjunto de prerrogativas de poder público que el ordenamiento positivo le atribuye a las entidades estatales para asegurar el logro de sus objetivos...”

Lo anterior se constituye como una ligera incongruencia de la propia ley de contratación, pues el propio art. 3 prescribe, como debe ser por mandato constitucional, que toda la contratación pública se dirige al “...*cumplimiento de los fines estatales, la continua y eficiente prestación de los servicios públicos y la efectividad de los derechos e intereses de los administrados que colaboran con ellas en la consecución de dichos fines...*” y el hecho de que haya otorgado diferentes herramientas a la administración para llegar al mismo fin, resulta ineficiente para la prestación de los servicios que se satisfacen por medio de contratos carentes de auto-tutela contractual, que -se itera- son la mayoría.

4.2. Las cláusulas excepcionales de la L.80/93

Más allá de lo mencionado en el numeral precedente, resulta ser congruente con el objeto de las potestades excepcionales que las cláusulas de caducidad, terminación unilateral, modificación unilateral, interpretación unilateral y reversión ostenten esa categoría, pues la aplicación de las mismas tiene como propósito que la ejecución de proyectos, en los que se desarrolle de manera directa la promoción del interés general (todos), no se vea afectada por la negligencia del contratista o causas no imputables a él.

Debe precisarse que, si bien la cláusula de reversión presenta la particularidad que se aplica una vez el contrato ha sido terminado, la misma busca garantizar que el Estado pueda mantener la prestación eficiente del servicio público, una vez el concesionario se ha retirado del proyecto y, con tal propósito, la entidad a través de acto administrativo puede tomar posesión de los bienes pertenecientes al concesionario necesarios para la continua prestación del servicio público.

Ahora bien, en lo atinente a la cláusula de sometimiento a leyes nacionales, este escrito no encuentra que la misma atienda a la finalidad de dichas estipulaciones y, a diferencia de las otras cláusulas que lista la L.80, esta no implica el ejercicio del privilegio de decisión unilateral de la que goza el Estado en la regularidad de sus

actos. Entonces, parece que la inclusión de esta estipulación como potestad excepcional no es congruente con el objeto de las mismas.

En síntesis, se encuentra que, salvo la cláusula de sometimiento a las leyes nacionales, las demás estipulaciones que señala la L. 80 se ejercen a través de verdaderos actos administrativos y son congruentes con el objeto de las potestades excepcionales, el inconveniente es que no se predica, según la tesis vigente, en todos los contratos sometidos al EGCAP.

4.3. *Las otras potestades excepcionales o unilaterales*

En lo que corresponde a las otras potestades excepcionales: la de efectividad de las garantías; multas, cláusulas penal pecuniaria; terminación por causal de nulidad absoluta y; liquidación unilateral, se pudo establecer, en diferentes acápites, que las mismas se hacen efectivas a través de actos administrativos. Razón por la cual resta determinar si las mismas tienen las características de las cláusulas excepcionales y, particularmente, si cumplen el objeto o propósito de las potestades excepcionales.

En primer lugar, se debe establecer si, en efecto, estas potestades operan exclusivamente en los contratos estatales regulados por el estatuto general o, si por el contrario, se aplican también en el derecho privado. Con el propósito de resolver tal cuestionamiento será necesario dividir estas potestades en dos grupos: las que efectivamente se aplican en el derecho privado y las son totalmente inusuales en el derecho común.

Del primer grupo hacen parte las que se profundizaron en el acápite de cláusulas del derecho común, o sea, la cláusula penal, las multas y las garantías. Sin embargo, debe precisarse que su ejercicio o efectividad (no su estipulación) sí resultan extrañas al derecho común.

El segundo grupo se compone por las que resultan extrañas, tanto en su consagración como en su aplicación, al derecho privado: la terminación por causal de nulidad absoluta y la liquidación unilateral del contrato estatal.

Establecido que, al igual que las cláusulas que lista el art. 14 de la L.80, existen unas potestades excepcionales que se pactan en el derecho privado y otras que no³¹⁵. Por ello, sabiendo que estas potestades se aplican a través de actos administrativos, resta saber si son de pacto obligatorio -se entienden pactadas ante el silencio de las partes- o son potestativas para las partes.

Son obligatorias por mandato de la ley en todos los contratos estatales: la efectividad de las garantías, cuando el acto administrativo que declara la multa o incumplimiento grave (caducidad) hacen las veces del siniestro. También, la terminación por nulidad cuando acaece alguno de los eventos que señalan los num. 1, 2 y 4 del art. 44 de la L.80.

En lo que corresponde a la liquidación unilateral, se debe significar que la misma es obligatoria en ciertos contratos estatales, en los de tracto sucesivo en los que no haya prosperado la liquidación bilateral a la que alude el art. 60 de la L.80 (modificado por el art. 217 del D19/12) y en los demás que se extienden en el tiempo o terminan de manera anormal.

Esa liquidación unilateral, aunque está imposibilitada, en estricto sentido, para garantizar el éxito del proyecto pues ella se aplica una vez el contrato ha terminado, lo mismo podría predicarse de la terminación por causal de nulidad absoluta, las dos buscan la protección de intereses superiores, la primera, salvaguardando los recursos públicos y, la segunda, a propósito de unas causales objetivas, salvaguardando la moralidad administrativa.

Por último, como se mencionó en su momento, se debe destacar que la cláusula de multas y la penal pecuniaria sólo operan por el pacto expreso de las partes, es decir, no son obligatorias en los contratos estatales. La cláusula penal pecuniaria, en su faceta conminatoria, y la de multas buscan persuadir, a través de sanciones económicas al contratista, al cumplimiento del objeto contractual, aunque no operan

³¹⁵ Recuérdese que, por ejemplo, la caducidad no se pacta en derecho privado pero la terminación unilateral si existe *opere legis*.

ante incumplimientos graves que puedan afectar la prestación continua del servicio público, sí buscan garantizar el éxito del proyecto. Lo logra a través de esas sanciones no resolutorias del vínculo.

4.4. *Las incongruencias de la clasificación tradicional*

Como se mencionó recientemente el propósito de las cláusulas excepcionales es garantizar el éxito del proyecto contratado y, con ello, satisfacer el interés general. Por ello no deberían ser ajena a los contratos estatales sometidos al EGCAP. Sin embargo, al analizarlas se encuentra que, según la tesis que impera, ellas están excluidas de la mayoría de contratos del Estado, aunque este no esté actuando como particular o en competencia con ellos.

En desarrollo de la idea de cláusula excepcional que, se dice, forjó la L.80/93, el intérprete considera que el legislador estimó que excepcionalmente la Administración aplique unas modulaciones a las instituciones contractuales del derecho privado para garantizar la prestación eficiente del servicio público que se busca satisfacer con el contrato³¹⁶.

Tales modulaciones no se aplican dentro del marco de igualdad entre las partes que implica la institución contractual en el derecho privado. Por el contrario, aquellas modulaciones tienen relación con la investidura de “poder” de la que goza el Estado en la mayoría de sus manifestaciones que producen efectos jurídicos³¹⁷ (actos administrativos) que le permiten tomar decisiones unilaterales que, en este evento, afectan directamente el derecho de crédito del contratista de derecho privado. Por ello en la relaciones con el Estado (incluso contractuales) el ejercicio de ese poder (no de la arbitrariedad) no es excepcional.

³¹⁶ PÉREZ HUALDE, Alejandro, Exorbitancia de las prerrogativas de la administración en los contratos, Revista Ópera Prima de Derecho Administrativo N°9, Asociación Internacional de Derecho Administrativo, México, 2011, pp. 175-227.

³¹⁷ *Ibidem*

Sin embargo, como se esbozó recientemente la aplicación de dichas potestades de la Administración Pública es de carácter excepcional (aunque solo cuando se compara con el derecho privado), pues se considera que el legislador las enunció taxativamente y las confinó a un limitado grupo de tipologías contractuales, siguiendo la lógica de prevalencia del derecho privado y aplicación residual de derecho administrativo, a la que aparentemente alude el art. 13 de la L.80/93.

Según parte de la doctrina, tal lógica obedece al cambio de rol que sufrió la intervención estatal a partir de la CPol. de 1991, ya que ella “...avanzó de manera importante en temas como la desregulación; globalización: desmonopolización, y principalmente la libre concurrencia y competencia entre el Estado y los particulares...”³¹⁸.

Con base en tal idea implantada, que se le imputa al constituyente, la L.80 de 1993 habría erigido como pilar fundamental de la actividad contractual del Estado a la autonomía de la voluntad permitiendo, de esa manera, que la partes configuren el contenido del contrato estatal conforme a sus necesidades y con el único límite de atender los aspectos expresamente regulados por el EGCAP³¹⁹.

Pero, olvidan que (i) cuando el Estado, bajo el EGCAP, celebra un contrato no está compitiendo con los particulares; por el contrario, está permitiendo que los particulares compitan para ejecutar proyectos públicos; (ii) que todo contrato del EGCAP se celebra para satisfacer el interés general.

³¹⁸ PALACIO JARAMILLO, María Teresa, *Cláusulas Excepcionales*, op. cit., pp. 100-111.

³¹⁹ *Ibidem*.

5. La otra mirada a la cláusula de garantías, dentro de la tipología de estipulaciones del contrato estatal

En ese sentido, la doctrina tradicional ha señalado que las cláusulas excepcionales son taxativas y limitadas y, por ende, resulta a todas luces un contrasentido que el artículo 7 de la L.1150/07 y el reglamento permitan que una especie de garantías (la póliza de seguros), en dos eventos puntuales (cuando se declara la caducidad de un contrato y cuando se impone un multa al contratista), faculte a la Administración Pública para ejercer una atribución propia de su actividad no contractual -hacer uso de los atributos de ejecutividad y ejecutabilidad de los actos administrativos- en desarrollo de una cláusula que el legislador de 1993 no habría catalogó como potestad excepcional.

Así pues, para la doctrina tradicional³²⁰, la disposición que faculta a la entidad o ente contratante para declarar el siniestro es abiertamente inconstitucional por contrariar lo dispuesto en los artículos 333 y 365 de la CPol.

No obstante, este trabajo difiere de esa postura, toda vez que, por un lado, encuentra que la potestad excepcional que reconoce a las entidades contratantes el artículo 7 de la L.1150 de 2007 está en consonancia con el fundamento de las cláusulas excepciones, es decir, que se logre en últimas (por distintos medios lícitos y legítimos) la satisfacción del interés general³²¹, pues esta potestad busca: (i)

³²⁰ PALACIO JARAMILLO, María Teresa. Cláusulas excepcionales, *op. cit.*, p. 103.

³²¹ Fundamento que la misma PALACIO JARAMILLO, María Teresa (en Cláusulas excepcionales, *op. cit.*, pp. 100-111) ratifica, así: “...*En tal virtud, no cabe duda de que la razón de ser de estas cláusulas de excepción, no es la de facultar a quien las tiene para sancionar al contratista. Éste no es su propósito, no obstante, en algunos casos, sea una de sus consecuencias, pero definitivamente no la principal, que es sin duda la de buscar el idóneo desarrollo de la finalidad perseguida con el contrato. La función del juez contencioso no puede ser invadida por la administración, ni convertirla en autoridad con capacidad de juzgar incumplimientos contractuales, ni*

persuadir al contratista al cumplimiento, so pena de hacer efectiva la póliza ante su garante, (ii) la protección del patrimonio público cuando el contratista, en efecto, incumple, y (iii) la satisfacción de la necesidad, a través de la intervención sin dilaciones de la sociedad aseguradora que garantice la viabilidad técnica y financiera de la continuación del proyecto o con otro sujeto, pero sin incurrir en costos económicos adicionales, porque éstos están protegidos por la póliza.

De otro lado, se debe precisar que antes de la promulgación de la L.1150 la Administración Pública, en todo caso, hacía uso de esta facultad con fundamento en la autorización que le otorgaba el num. 4 del art. 68 del CCA:

Prestarán mérito ejecutivo por jurisdicción coactiva, siempre que en ellos conste una obligación clara, expresa y actualmente exigible, los siguientes documentos:

1. Todo acto administrativo ejecutoriado que imponga a favor de la Nación, de una entidad territorial, o de un establecimiento público de cualquier orden, la obligación de pagar una suma líquida de dinero, en los casos previstos en la ley.

2. Las sentencias y demás decisiones jurisdiccionales ejecutoriadas que impongan a favor del tesoro nacional, de una entidad territorial, o de un establecimiento público de cualquier orden, la obligación de pagar una suma líquida de dinero.

dar satisfacción a pretensiones económicas o indemnizatorias de la entidad. El papel de la administración es asegurar la finalidad misma perseguida con el objeto contratado y no necesariamente la del contrato mismo, por paradójica que esta afirmación parezca. En otras palabras, lo importante no es el contrato per se, sino la finalidad de interés colectivo que con él se persigue, y lo que la administración debe garantizar es que se logre en últimas la satisfacción del colectivo, así para ello deba, por ejemplo, proceder a terminar unilateralmente un contrato, si se dan los motivos contemplados por la ley para tal efecto...”

3. Las liquidaciones de impuestos contenidas en providencias ejecutoriadas que practiquen los respectivos funcionarios fiscales, a cargo de los contribuyentes, o las liquidaciones privadas que hayan quedado en firme, en aquellos tributos en los que su presentación sea obligatoria.

4. Los contratos, las pólizas de seguro y las demás garantías que otorguen los contratistas a favor de entidades públicas, que integrarán título ejecutivo con el acto administrativo de liquidación final del contrato, o con la resolución ejecutoriada que decrete la caducidad, o la terminación según el caso.

5. Las demás garantías que a favor de las entidades públicas se presten por cualquier concepto, las cuales se integrarán con el acto administrativo ejecutoriado que declare la obligación.

6. Las demás que consten en documentos que provengan del deudor.

Como se denota de la lectura de la norma en cita, el legislador extraordinario en 1984 no señaló puntualmente que el acto administrativo que declara la caducidad haga las veces de siniestro. Empero, facultó a los entes o entidades a que constituyan el título ejecutivo con la póliza y el acto administrativo que declara la situación jurídica. Lo que a todas luces haría las veces de siniestro si se emplea un lenguaje más técnico.

Entonces, se tiene que, conforme a la tesis que impera, la enunciación de cláusulas excepcionales que realiza la L.80/93, no atiende a un estricto criterio dogmático, toda vez que incluye como excepcionales cláusulas que no implican el ejercicio de una posición de “poder” o privilegio del Estado que busquen garantizar el éxito del objeto contratado, como la de sometimiento a leyes nacionales y excluye, a las que sí lo tienen de la mayoría de contratos.

Por el contrario, el estatuto general de contratación habría excluido de la categoría de cláusulas excepcionales una potestad que se configura como una auténtica manifestación del ejercicio de poder de la administración, derivada de la condición de sujeto de derecho público de la entidad contratante: Que la entidad expida un acto administrativo que constituya el siniestro de un riesgo amparado por una póliza de seguros de la cual la entidad contratante es beneficiaria.

Ahora bien, más allá de la discusión teórica y de las deficiencias de codificación que pueda tener el EGCAP, a la luz de la normatividad vigente. La cláusula de garantías, concretamente la póliza de seguros en los eventos en que la entidad contratante declara la caducidad o impone multas al contratista, materialmente se constituye como una cláusula excepcional pues, como ya se dijo, la aplicación de esta potestad coincide con el propósito de las cláusulas excepcionales y, también, sus características -no absolutas- de especialidad frente al derecho privado y uso de las atribuciones propias de los actos administrativos.

Con todo, la aplicación de tal potestad no implica arbitrariedad en el uso del poder de las entidades del Estado, pues su actuación unilateral³²² está sujeta a varios

³²² Cabe destacar que la unilateralidad no necesariamente significa excepcionalidad, como se señaló *supra*. La unilateralidad también se aplica en el derecho privado. *“En el derecho colombiano la proscripción de la modificación unilateral del acuerdo sigue siendo la regla aunque no es tan absoluta, ella se da en la contratación bancaria gobernada por tipos contractuales uniformes y estandarizados cuyos clausulados deben ser previamente aprobados por la Superintendencia Financiera (control administrativo) en razón a que instrumentan la prestación masiva de servicios financieros.*

“Además, modificaciones unilaterales, es decir aquellas que no están previamente convenidas por las partes, pueden darse bajo ciertas circunstancias en contratos de larga duración y más que mirar si existe o no la facultad (ojalá se tuviera), el análisis, por supuesto riguroso, debe recaer en si la modificación fue razonable (leal) y no abusiva, y si el contrato, no obstante esta, continúa siendo un reglamento sensato

círculos de control que promueva el contratista. Así pues, en primera instancia el contratista podrá rendir sus descargos, frente a los hechos constitutivos del presunto incumplimiento que puede llevar a la declaratoria de caducidad o la imposición de multas, conforme al procedimiento que establece el art. 86 de la L.1474/011:

Las entidades sometidas al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública podrán declarar el incumplimiento, cuantificando los perjuicios del mismo, imponer las multas y sanciones pactadas en el contrato, y hacer efectiva la cláusula penal. Para tal efecto observarán el siguiente procedimiento:

a) Evidenciado un posible incumplimiento de las obligaciones a cargo del contratista, la entidad pública lo citará a audiencia para debatir lo ocurrido. En la citación, hará mención expresa y detallada de los hechos que la soportan, acompañando el informe de interventoría o de supervisión en el que se sustente la actuación y enunciará las normas o cláusulas posiblemente violadas y las consecuencias que podrían derivarse para el contratista en desarrollo de la actuación. En la misma se establecerá el lugar, fecha y hora para la realización de la audiencia, la que podrá tener lugar a la mayor brevedad posible, atendida la naturaleza del contrato y la periodicidad establecida para el cumplimiento de las obligaciones contractuales. En el evento en que la garantía de cumplimiento consista en póliza de seguros, el garante será citado de la misma manera;

b) En desarrollo de la audiencia, el jefe de la entidad o su delegado, presentará las circunstancias de hecho que motivan la actuación,

de intereses para ambas partes” (RENGIFO GARCÍA, Ernesto, Las Facultades Unilaterales en la Contratación Moderna, Editorial Legis, Bogotá, 2014, p. 89)

enunciará las posibles normas o cláusulas posiblemente violadas y las consecuencias que podrían derivarse para el contratista en desarrollo de la actuación. Acto seguido se concederá el uso de la palabra al representante legal del contratista o a quien lo represente, y al garante, para que presenten sus descargos, en desarrollo de lo cual podrá rendir las explicaciones del caso, aportar pruebas y controvertir las presentadas por la entidad;

c) Hecho lo precedente, mediante resolución motivada en la que se consigne lo ocurrido en desarrollo de la audiencia y la cual se entenderá notificada en dicho acto público, la entidad procederá a decidir sobre la imposición o no de la multa, sanción o declaratoria de incumplimiento. Contra la decisión así proferida sólo procede el recurso de reposición que se interpondrá, sustentará y decidirá en la misma audiencia. La decisión sobre el recurso se entenderá notificada en la misma audiencia;

d) En cualquier momento del desarrollo de la audiencia, el jefe de la entidad o su delegado, podrá suspender la audiencia cuando de oficio o a petición de parte, ello resulte en su criterio necesario para allegar o practicar pruebas que estime conducentes y pertinentes, o cuando por cualquier otra razón debidamente sustentada, ello resulte necesario para el correcto desarrollo de la actuación administrativa. En todo caso, al adoptar la decisión, se señalará fecha y hora para reanudar la audiencia.

La entidad podrá dar por terminado el procedimiento en cualquier momento, si por algún medio tiene conocimiento de la cesación de situación de incumplimiento.

En segunda instancia de control, el contratista podrá interponer recurso de reposición en contra de la resolución que tome la entidad y dicho recurso deberá

resolverse conforme a lo que establece el capítulo V del CPACA, así como ejercicio del medio de control de controversias contractuales.

6. Implicaciones o consecuencias de nuestra teoría sobre las cláusulas excepcionales y la de garantías

Con base en lo expuesto en los acápites precedentes, se puede concluir que la clasificación de las potestades excepcionales (entiéndase las cláusulas excepcionales listadas por la L.80 y las demás prerrogativas mencionadas en este texto) no ha atendido a un criterio único. Por el contrario, las dos principales leyes que conforman el EGCAP (L.80/93 y L.1150/07) parecen acoger filosofías diferentes frente el uso de la autotutela de la administración pública en su actividad contractual.

Por un lado, la L.80/93 habría buscado restringir la posibilidad que los actos unilaterales expedidos por la entidad pública gozaran de ejecutividad y ejecutabilidad, propios de los actos administrativos, a los casos taxativamente señalados en los artículos 14 y subsiguientes. En atención a que la contratación pública, a partir de aquel nuevo estatuto, se regiría por las normas de derecho privado, salvo que el interés general se viera socavado, caso en el cual el Estado actuaría con todas sus atribuciones para preservarlo.

De otro lado, catorce años después, la L.1150/07 cambió totalmente el paradigma y otorgó a las entidades estatales una serie de instituciones en las cuales podía hacer uso de su autotutela para mantener indemne el interés general: liquidación

unilateral³²³; efectividad de las multas³²⁴; efectividad de la cláusula penal pecuniaria y; efectividad de las garantías contractuales³²⁵.

Sin embargo, a diferencia de las cláusulas excepcionales originales de la L.80, estas nuevas potestades no están limitadas por la tipología contractual, esto es, que en todos los contratos estatales regulados por el EGCAP deben aplicarse, aunque en algunas debe mediar el pacto expreso. Por ejemplo, entre 1993 y 2007 en un contrato de prestación de servicios en el que no se pactaron las cláusulas excepcionales la entidad estatal no podía expedir actos administrativos en ninguna etapa de la gestión contractual, salvo la terminación por causal de nulidad absoluta³²⁶. En cambio, a partir de 2008, en el mismo escenario la entidad podía hacer efectivas las garantías que el contratista hubiese tomado³²⁷; y, en caso de no llegar a un acuerdo, sobre la liquidación del contrato la entidad podrá liquidarlo unilateralmente, pero ahora (con el D.19/12) si se ha pactado en el contrato.

³²³ Art. 11 L.1150 de 2007: “...En aquellos casos en que el contratista no se presente a la liquidación previa notificación o convocatoria que le haga la entidad, o las partes no lleguen a un acuerdo sobre su contenido, la entidad tendrá la facultad de liquidar en forma unilateral dentro de los dos (2) meses siguientes, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 136 del C. C. A...”

³²⁴ Par. del art. 17 de la L.1150: “...La cláusula penal y las multas así impuestas, se harán efectivas directamente por las entidades estatales, pudiendo acudir para el efecto entre otros a los mecanismos de compensación de las sumas adeudadas al contratista, cobro de la garantía, o a cualquier otro medio para obtener el pago, incluyendo el de la jurisdicción coactiva...”

³²⁵ *Ibídem*.

³²⁶ Art. 45 de L.80/93: “.... En los casos previstos en los numerales 1o. 2o. y 4o. del artículo anterior, el jefe o representante legal de la entidad respectiva deberá dar por terminado el contrato mediante acto administrativo debidamente motivado y ordenará su liquidación en el estado en que se encuentre...”

³²⁷ Antes lo hacía, pero, en estricto sentido, no se aplica el EGCAP, sino el CCA.

Esa dicotomía de filosofías acerca de los límites de la autotutela coexiste en el EGCAP. Empero, la doctrina mayoritaria parece decantarse, con aparente respaldo en lo que establece el art. 13 de la L.80, por el uso residual o excepcional de las potestades extraordinarias. Cuando lo residual, en la contratación del estado, debe ser el derecho privado.

No obstante, consecuencia de lo expuesto a lo largo de este texto se puede afirmar que la competencia para el empleo de los actos administrativos en el desarrollo de la actividad contractual del Estado no proviene exclusivamente de la ley, sino de la naturaleza de la entidad contratante, esto es, que no se puede desconocer que el Estado es un sujeto que hace parte del vínculo negocial y, por ello, en aras de cumplir con sus fines debe hacer usos de las atribuciones que le son propias.

Lo anterior, se encuentra en el art. 3 de la L.80/93, cuando señala, sobre los contratos estatales, que “...*con la ejecución de los mismos, las entidades buscan el cumplimiento de los fines estatales, la continua y eficiente prestación de los servicios públicos y la efectividad de los derechos e intereses de los administrados que colaboran con ellas en la consecución de dichos fines...*”

Entonces, la constitución y ley obligan a la entidad a cumplir los fines del Estado y a prestar continua y eficientemente servicios públicos, lo que teóricamente (y en la praxis) no implica que para cumplir sus fines se desprenda de las atribuciones -*potestas*- que le son propias a su naturaleza estatal y que solo las use en algunos eventos puntuales, pues es satisfacción, por conducto del contrato, hace la propia razón de ser del mismo Estado.

Tales “poderes”, bajo la filosofía del EGCAP, que exclusivamente pueden ser ejercidos para asegurar la “continuidad” o “efectividad” del servicio público, como lo señalan los arts. 3; 14; 15; 17; y 18 de la L.80/93, no tienen su génesis en el contrato,

ni siquiera en el de concesión de servicios públicos³²⁸, sino que son competencias propias de la administración pública que no pueden verse obstaculizadas por las mismas estipulaciones contractuales³²⁹.

En ese contexto, la regla coherente sería que el derecho público (el que contiene las prerrogativas del Estado), el que es predicable de la actividad de la entidad contratante, se aplique, con preponderancia, a los contratos que celebren las entidades públicas y, como excepción, debería prevalecer el derecho privado en esos contratos, esto es, la exclusión de los poderes del contratante, como Estado (donde, en todo caso, existen unilateralidades, pero ya no por ser ente de derecho público, sino parte del contrato, donde ese derecho privado permite tales decisiones)

Lo que conlleva, por ejemplo, a que las cláusulas y potestades excepcionales, por ministerio de la CPol., apliquen en todos los contratos de los que participe el Estado. Eso sí, con la excepción, de los convenios interadministrativos; los contratos que celebren las empresas que compiten con las del sector privado y; en los que cuya causa sea el beneficio económico directo del Estado (empréstito, donación).

Lo anterior comportaría que la tesis que actualmente pregona el Consejo de Estado acerca de la aplicación de las cláusulas y potestades excepcionales exclusivamente

³²⁸ PÉREZ HUALDE, *op. cit.*, p. 197, identifica un evento en que el Estado presta directamente el servicio público, en el cual deberá hacer uso de sus poderes excepcionales para allanar las dificultades que se presenten.

³²⁹ MODERNE, Frank y DELVOLLÉ, Pierre, *Las Transformaciones Contemporáneas del Contrato Administrativo en el Derecho Francés*, en *Revista de Derecho Administrativo*, n° 7/8, mayo-diciembre, Depalma, Buenos Aires, 1991, pp. 274-275: “...esas diversas prerrogativas deben ser asignadas no al contrato en sí mismo, sino a las competencias de orden público conferidas a uno de los cocontratantes”.

en los eventos que expresamente relaciona la Ley³³⁰ debe ser revaluada, pues los poderes típicos³³¹ del Estado son las herramientas a través de las cuales se consiguen sus propios fines.

A su vez, la aplicación de esta tesis no requiere un cambio normativo, toda vez que, como se ha mencionado, encuentra sustento constitucional (el Estado, por regla, no se encuentra compitiendo con los particulares) y el art. 13 de la L.80/93 dispone que el régimen aplicable a los contratos es el del CCv. y el CCo., solo cuando no exista regulación en el derecho público. Artículo que, además debe interpretarse, bajo la *nueva* filosofía de la L.1150/07 (que se integra al EGCAP), la cual es similar a la del D.222/83 y, por tal motivo, es posible dar uso a la regla que se colige del análisis de la finalidad de las potestades excepcionales y, concretamente, de la cláusula de garantías.

Corolario

Hasta el momento, es factible concluir que la garantía, como cláusula del contrato estatal adopta la característica de ordinaria (en lo que hace a su origen y pacto); de la naturaleza; obligatoria (por regla -donde será implícita, ante silencio de las partes- en los demás casos facultativa, nunca prohibida); excepcional en su efectividad, que será la regla (como en las -típicamente- denominadas cláusulas excepcionales) Igualmente, su aprobación constituye requisito de ejecución del respectivo contrato. Debe estudiarse, ahora, cómo se aplica.

³³⁰ CE, SCA, Secc. 3ra, S 30/11/06, Rad. 25000-23-26-000-2001-01008-01(30832). Reiterada, entre otras, en CE, SCA, Secc. 3ra, Sub. C, S 13/02/15, Rad. 05001-23-31-000-1996-01171-01 (26938)

³³¹ Sólo serían excepcionales en el régimen estricto entre particulares, no cuando interviene el Estado para satisfacer el interés general.



SEGUNDA PARTE

EFICACIA DEL RÉGIMEN JURÍDICO DE LAS GARANTÍAS EN EL CONTRATO ESTATAL COLOMBIANO



CAPÍTULO III

DEL INSTRUMENTO DE CONFIGURACIÓN POR EXCELENCIA: EL CONTRATO PRIVADO DE SEGURO COMO MECANISMO PRIVILEGIADO

El Derecho Administrativo, de hecho, no es todo el derecho aplicable a la Administración Pública. Ésta se vale también del Derecho Privado.

Sabino CASSESE³³²

Sumario: 1. *Naturaleza jurídica del contrato de seguro, desde la normativa que rige la actuación de los particulares.* 2. *Condiciones generales del contrato de seguro del derecho privado que se adoptarán y matizarán en la contratación pública.* 3. *De las modalidades de seguros, para diferenciar el de cumplimiento como característico de la contratación pública.* 4. *Las exclusiones del seguro, de orden legal y contractual, que se verán condicionadas en el derecho público.* 5. *De la necesaria individualización de las partes del contrato de seguro, para luego ubicar al Estado y su contratista.* 6. *Los rasgos distintivos del contrato de seguro cuando protege de riesgos en la contratación pública*

Exordio

Vista la naturaleza de la garantía, como cláusula e instrumento, es apropiado -para determinar elementos teóricos que permitirán su eficacia- descender al mecanismo que, por excelencia, ampara los riesgos de la gestión contractual del Estado: el contrato de seguro. Allí, el estudio nuevamente estará delimitado por el derecho privado, pero -igualmente- condicionado por el administrativo, cuando debe ingresar a la función administrativa.

³³² CASSESE, Sabino, *Derecho Administrativo: Historia y Futuro*, Instituto Nacional de Administración Pública-Global Law Press, Sevilla, 2014, p. 77.

1. Naturaleza jurídica del contrato de seguro, desde la normativa que rige la actuación de los particulares

El seguro, como lo denota el origen latino del vocablo³³³, es una manera o herramienta por medio de la cual se buscan evitar los efectos nocivos de un hecho, o sea; mantenerse exento de un daño.

Ese instrumento se manifiesta a través de un contrato, precisamente denominado de seguro. Tal negocio jurídico puede definirse como “...*un contrato en virtud del cual una persona natural o jurídica, el asegurado, desplaza todo o parte de los riesgos a que se haya expuesto a otra persona natural o jurídica, el asegurador, quien lo asume, mediante el pago de una prima, obligándose en caso de siniestro a pagar la indemnización correspondiente...*”³³⁴.

Por su parte, en el art. 1036 del CCo. se dispone que el seguro es “...*un contrato consensual, bilateral, oneroso, aleatorio y de ejecución sucesiva...*” Como se colige de la norma citada, el legislador no definió el contrato de seguro, limitándose a señalar algunos de los caracteres generales de él.

Por ende, la labor de la doctrina ha tenido que suplir la omisión del legislador. En aquel contexto resulta ilustrativo referenciar la definición que elaboró Ossa Efrén:

Es un contrato solemne, bilateral, oneroso y aleatorio, en el que intervienen como partes el asegurador, persona jurídica que asume los riesgos y el tomador, que obrando por cuenta propia o por cuenta de tercero, traslada los riesgos, cuyos elementos esenciales son: el interés asegurable, el riesgo asegurable, la prima, cuyo pago impone a cargo del tomador y la obligación condicional del

³³³ *Securus*: Libre o exento de todo daño.

³³⁴ GARRIGUES, Joaquín, *Contrato de Seguro Terrestre*, Editorial Aguirre, Madrid, 1973, p. 3.



*asegurador que se transforma en real con el siniestro y cuya solución debe aquel efectuar dentro del plazo legal. Y que, si versa sobre un seguro de daños, no puede constituir para el titular del interés asegurable fuente de enriquecimiento, en tanto que, si concebido para cubrir riesgos personales, el valor del interés asegurado ha de consultar tan solo el arbitrio de las partes*³³⁵.

Existen multiplicidad de definiciones de contrato de seguro, sin embargo, el legislador colombiano se centró en sus atributos más sobresalientes, las cuales se estudiarán a continuación.

Muchos de los caracteres del contrato de seguro se enuncian en el ya citado art. 1036 del CCo., que permiten ubicarlo dentro de la clasificación de los negocios jurídicos. Sin embargo, la lista del referenciado artículo no incluye todas las etiquetas que se le puede adherir.

1.1. Consensualidad

El primer carácter a estudiar será la consensualidad: Ello implica que se perfecciona con el solo consentimiento de las partes sin que ese consentimiento se deba expresar con alguna solemnidad especial. Debe mencionarse que antes de la L.389/97 el contrato de seguro era solemne y el acuerdo verbal de voluntades constituía la promesa de contrato³³⁶.

³³⁵ OSSA, Efrén, *Teoría General del Contrato de Seguro*, Editorial Temis, Bogotá, 1991, p. 2.

³³⁶ ORDÓÑEZ ORDÓÑEZ, Andrés, *Cuestiones Generales y Caracteres del Contrato*, en “Lecciones de derecho de seguros, Universidad Externado de Colombia, N°1, Bogotá, 2008, pp. 47-48.

Empero, el contrato de seguro tiene una alta importancia en la sociedad y, por ello, en la misma reforma que implantó citada la L.389/97, se estableció una solemnidad *ad probationem* que se desarrolla en la redacción del artículo 1046 del CCo.:

El contrato de seguro se probará por escrito o por confesión.

Con fines exclusivamente probatorios, el asegurador está obligado a entregar en su original, al tomador, dentro de los quince días siguientes a la fecha de su celebración el documento contentivo del contrato de seguro, el cual se denomina póliza, el que deberá redactarse en castellano y firmarse por el asegurador.

De la lectura se colige que el escrito es el principal medio de prueba del contrato de seguro. Resta por dilucidar qué elementos debe contener ese instrumento. En criterio de Andrés Ordoñez será el documento en que conste la identificación de las partes y los elementos esenciales³³⁷ del contrato de seguro -en los cuales se profundizará más adelante³³⁸.

Ahora bien, aquel documento con el que se prueba la existencia del contrato de seguro puede ser diferente al que el art. 1046 del CCo. denomina póliza. Pues, este último, es el documento *contentivo del contrato de seguro*, de todo el contrato de seguro no solo de sus elementos esenciales.

De lo anterior, surge la duda acerca de la prueba de los elementos naturales y accidentales del contrato de seguro, porque, como se ha mencionado, la prueba de la existencia del negocio jurídico se realiza por medio del documento escrito en el que se contienen los elementos esenciales del negocio o la confesión de las partes.

³³⁷ Se adelanta que son los siguientes: Riesgo asegurable; interés asegurable; prima y obligación condicional del asegurador.

³³⁸ ORDÓÑEZ ORDÓÑEZ, Andrés, Cuestiones Generales y Caracteres del Contrato, *op. cit.*, pp. 47-48.

En criterio de este texto, al no existir una tarifa legislativa, el juez podrá, en ejercicio de la sana crítica, valorar por cualquier medio de prueba las condiciones generales del negocio, siempre y cuando las mismas no recaigan sobre un elemento esencial del contrato de seguro³³⁹.

También es posible realizar otra precisión en lo que corresponde al carácter consensual del contrato de seguro: cuando se forma el consentimiento por el concurso de las voluntades del tomador y asegurador. Para ello, es importante recordar las reglas de la oferta y la aceptación que se encuentran en los arts. 845 - 863 del CCo.

En general, podría señalarse que cuando una de las dos partes que pretende celebrar un contrato de seguro emite una manifestación de voluntad que contiene los elementos esenciales del futuro negocio y la otra parte las acepta pura y simplemente existirá el acuerdo.

1.1.1. El consensualismo y los intermediarios

Sin embargo, en el tráfico corriente de los seguros estas manifestaciones unilaterales pueden ser emitidas por intermediarios de seguros, quienes no serán parte del futuro contrato. En esos eventos, se debe identificar que existen multiplicidad de intermediarios con diferente naturaleza en el mercado.

Por ejemplo, están las agencias de seguros, que son “...*las personas naturales que promuevan la celebración de contratos de seguro (...) con una o varias compañías de seguros...*”³⁴⁰.

En el caso de las agencias de seguros surge la duda si la expresión promover les permite representar, para efectos de la oferta, a la compañía aseguradora. En

³³⁹ CSJ, SCC, S 04/04/97, Rad. 30832.

³⁴⁰ Cfr.: Art. 42 del D.633/96.



criterio de este texto la respuesta es no, salvo estipulación en contrario, pues el art. 42 del D.633/96 dispone lo siguiente:

Toda agencia de seguros debe tener por lo menos las siguientes facultades otorgadas por la compañía o compañías que represente:

- a. Recaudar dineros referentes a todos los contratos o negocios que celebre;*
- b. Inspeccionar riesgos;*
- c. Intervenir en salvamentos, y*
- d. Promover la celebración de contratos de seguro por sí misma o por medio de agentes colocadores que la compañía mandante ponga bajo su dependencia, de acuerdo con su sistema propio de promoción de negocios.*

Entonces, el legislador no creó una representación, en lo que atañe a potestad de ofertar negocios jurídicos al público en general, en cabeza de las agencias de seguros. Lo que es sustancialmente diferente en el caso de los corredores de seguros.

Los corredores de seguros son personas jurídicas que encuentran definidas las actividades que pueden realizar en el art. 1347 del CCo., así “...cuyo objeto social sea exclusivamente ofrecer seguros, promover su celebración y obtener su renovación a título de intermediarios entre el asegurado y el asegurador...” Luego, resulta claro que el legislador les otorgo la facultad de ofrecer seguros y esta facultad es diferente a la de promover su celebración. Lo que permite concluir que los agentes no pueden ofertar la celebración de contratos de seguros al público en general y los corredores sí.

Con todo, se debe resaltar que, salvo la existencia de una representación estipulada, las ofertas realizadas por los corredores no pueden obligar a la parte que tenga la iniciativa del negocio³⁴¹.

1.1.2. El consensualismo en las modificaciones o prórrogas del contrato

La CSJ, antes de la reforma de la L.389/97, había aceptado que la prórrogas al contrato de seguro podían evadir la solemnidad que se exigía para la existencia del primigenio, salvo que en aquella se modificaran los elementos esenciales del acuerdo³⁴².

Según esa tesis, como es apenas lógico, las modificaciones que alteraran la extensión de los elementos esenciales del negocio jurídico debían atender la forma solemne que se exigían para que el contrato surtiera efectos porque se constituían, en realidad, como un nuevo acuerdo de voluntades.

Ahora bien, en la coyuntura actual, es palmario que el problema desaparece, puesto que para las prórrogas y las modificaciones bastará que haya acuerdo de voluntades. Sin embargo, en materia probatoria es donde emerge el conflicto, pues la prueba de la modificación al contrato debe ser el escrito o la confesión de la modificación.

1.1.3. La Póliza de seguro

La póliza de seguro es el nombre que se le da al escrito que contiene los elementos esenciales; nombre de las partes y datos generales del contrato de seguro. Es común que la póliza solo esté firmada por la compañía aseguradora, ya que regularmente estos contratos son facilitados a través de intermediarios, que por

³⁴¹ PÉREZ VIVES, Álvaro, *Intermediación y Contratos Comerciales*, Editorial Edijus, Medellín, 1975, p. 233.

³⁴² OSSA, Efrén, *op. cit.*, pp. 30-31.

razones comerciales, pretenden evitar el contacto entre la aseguradora y el asegurado.

En cuanto a las formalidades de la póliza, el art. 1046 del CCo. sólo establece que esta deberá redactarse en castellano y estar firmada por el asegurador. Sin embargo, en otros instrumentos normativos, se han señalado requisitos adicionales: (i) su contenido debe ceñirse a las normas que regulan el contrato de seguro y a las demás disposiciones imperativas que resulten aplicables, so pena de ineficacia de la estipulación respectiva; (ii) deben redactarse en tal forma que sean de fácil comprensión para el asegurado. Por tanto, los caracteres tipográficos deben ser fácilmente legibles; y (iii) los amparos básicos y las exclusiones deben figurar, en caracteres destacados, en la primera página de la póliza³⁴³.

Más allá de ello, en virtud del carácter consensual del contrato de seguro, la ausencia de una de las formalidades expuestas no afecta ni la existencia ni la validez del negocio jurídico. Destacándose que, en caso de que en la póliza no se encuentre la firma del asegurador, el documento contentivo del contrato perderá eficacia probatoria.

Debe destacarse que las pólizas tienen diferentes clasificaciones, según su naturaleza, a saber: (i) posibilidad de negociación por parte del asegurado; (ii) forma del interés o riesgo asegurado; y (iii) según la cantidad de riesgos que ampara.

En el primer criterio clasificador, las pólizas pueden ser nominativas, a la orden y al portador. Las primeras son las pólizas de seguro tradicionales pues son expedidas a una persona en particular sin que ella pueda modificarse sin el consentimiento de la aseguradora.

³⁴³ Cfr.: Art. 184, num. 2, del D.633/93.



Las pólizas a la orden se expiden a nombre de una determinada persona con la expresa indicación de ser a la orden, o con la indicación que pueden cederse por endoso sin necesidad de aceptación de la aseguradora³⁴⁴.

Por último, en relación con las pólizas al portador, tal como sucede en los títulos valores, se expiden a favor del portador, es decir, la que no tiene un beneficiario nominado en ella. Este tipo de póliza no es de uso en tráfico jurídico colombiano. Pero, está facultada por la Ley.

En lo que corresponde al segundo grupo, las pólizas de seguro se pueden clasificar en específicas, automáticas y flotantes: Las pólizas específicas son aquellas en las que se ampara un interés plenamente identificado y cuantificado, esto es, que las partes del contrato conocen desde la celebración del contrato la extensión de la obligación del asegurador.

Por el contrario, en las automáticas y flotantes las obligaciones del asegurador no están determinadas, pero son determinables. Por ello, es común que en ellas se establezcan unas pólizas marcos en las cuales se pactan los elementos esenciales del contrato de seguro, que son adicionados posteriormente por un documento denominado “*certificado de seguro*”.

Las pólizas automáticas se expiden asiduamente para los transportadores que despachan y reciben permanentemente mercancías, lo que haría engorroso que se celebre un contrato de seguro por cada envío. Razón por la cual se celebra un contrato marco el cual se especifica, en cada caso concreto, a través del “*certificado de seguro*”.

Las pólizas flotantes, por su parte, son de común utilización por los depositarios que aseguran los bienes muebles que hay en una bodega, pero que varían reiteradamente. Entonces, frente al constante cambio de las cosas depositadas se

³⁴⁴ ORDÓÑEZ ORDÓÑEZ, Andrés, *Cuestiones Generales y Caracteres del Contrato*, op. cit., pp. 78-79.

debe celebrar un contrato de seguro marco y a través de “*certificados de seguro*” detallar las especificaciones de los bienes nuevos que ingresen a la bodega.

En lo que corresponde a la naturaleza del “*certificado de seguro*”, el art. 1050 del CCo. establece lo siguiente:

La póliza flotante y la automática se limitarán a describir las condiciones generales del seguro, dejando la identificación o valoración de los intereses del contrato, lo mismo que otros datos necesarios para su individualización, para ser definidos en declaraciones posteriores. Estas se harán constar mediante anexo a la póliza, certificado de seguro o por otros medios sancionados por la costumbre (énfasis fuera del texto original)

Como se ve, el “*certificado de seguro*”, en su calidad de documento posterior, es el medio por el cual se identifica y valora el interés asegurable y se señalan los demás datos que necesarios para individualizar cada interés concreto³⁴⁵.

En tercer lugar, se puede destacar que existen pólizas que amparan riesgos nombrados y pólizas todo riesgo: Las primeras son las tradicionales en las que se identifica un riesgo a asegurar. Sin embargo, a algunos actores de la economía no les es rentable la posibilidad de asegurar cada riesgo o estar sujeto a interpretaciones sobre la ocurrencia del siniestro.

Frente a ello, el doctrinante Ordoñez Ordoñez expresa con claridad:

(...)

Es por ello que en época moderna existe una inequívoca tendencia en el mercado asegurador a acudir a las pólizas llamadas de “todo riesgo”, como una opción más atractiva para los asegurados y potencialmente más exitosa desde el punto de vista comercial

³⁴⁵ CSJ, SCC, S 14/06/89, Rad. 30832.

(...)

Luego, con el uso de esta clase de pólizas el asegurado está cubierto de todos los riesgos asociados al interés asegurable sin más exclusiones que las que señale la Ley o las que haya pactado con la aseguradora.

1.2. *Carácter Bilateral*

Se trata de un contrato bilateral, en los términos que establece el art. 1496 del CCv.³⁴⁶, pues genera obligaciones para ambas partes del contrato. Así, por ejemplo, el asegurado se encuentra obligado a pagar la prima³⁴⁷ y el asegurador de pagar el valor asegurado en caso de siniestro.

Existen múltiples obligaciones que nacen de elementos naturales del contrato, como la del asegurador de entregar la póliza y, según cada contrato, existirán estipulaciones accidentales que obligan a las partes según el designio de su voluntad.

Se debe subrayar que el carácter bilateral del contrato no se ve oscurecido por su carácter aleatorio o la condición a la que se sujeta la obligación del asegurador³⁴⁸.

³⁴⁶ “...*bilateral, cuando las partes se obliguen recíprocamente...*”

³⁴⁷ Una excepción en este aspecto plantea el art. 1153 del Cco. en el contrato de seguro de vida “....*El seguro de vida no se entenderá terminado una vez que hayan sido cubiertas las primas correspondientes a los dos primeros años de su vigencia, sino cuando el valor de las primas atrasadas y el de los préstamos efectuados con sus intereses, excedan del valor de cesión o rescate a que se refiere el Artículo siguiente...*”

³⁴⁸ ORDÓÑEZ ORDÓÑEZ, Andrés, *Cuestiones Generales y Caracteres del Contrato*, op. cit., p. 92.

1.3. *Carácter Oneroso*

El CCv., en el art. 1497, dispone que un contrato es oneroso “...*cuando tiene por objeto la utilidad de ambos contratantes, gravándose cada uno a beneficio del otro...*”

En ese sentido, el contrato de seguro, también, es oneroso pues el negocio jurídico presenta utilidad para ambas partes. De un lado, para el asegurador, recibir la suma de la prima y, de otro lado, del asegurado o su beneficiario, la seguridad de esta indemne, en todo o parte, de un perjuicio futuro o la indemnización en sí misma.

1.4. *Carácter Aleatorio*

El art. 1498 del CCv. establece que un contrato oneroso es aleatorio cuando “...*el equivalente, a la prestación de la otra parte, consiste en una contingencia incierta de ganancia o pérdida...*” (Negrita fuera de texto)

En tal contexto, sin duda, el contrato de seguro es aleatorio, por cuanto las prestaciones que surgen para cada una de las partes no son equivalentes. Así, de un lado, si no existe siniestro, la prestación asumida por el asegurado (la prima) no tendrá contrapeso patrimonial, porque la prima no tendrá ningún valor a cambio.

De otra parte, si existe siniestro, la aseguradora se ve avocada al pago de la indemnización, la cual en la mayoría de los eventos no se equipara al valor pagado a título de prima a favor de la aseguradora, sin perjuicio de la repetición, en algunos seguros.

Más allá de lo anterior, a la luz de las leyes de la matemática y la estadística, la doctrina actual señala que el contrato de seguro, en realidad, es conmutativo. Dado que, analizando la multiplicidad de contratos de seguros que celebra una compañía aseguradora, ella a través de su diligencia se procura tener utilidad.

En ese sentido, se pronuncia el doctrinante español Luis Benítez de Lugo:

En el contrato de seguros, precisamente por las características de su concierto y por la forma en que se distribuye el riesgo entre la gran mutualidad aseguradora y asegurada, los siniestro que pudiesen operar sobre uno de ellos, considerado aisladamente, serán los previstos con arreglo a las leyes de la estadística, y el asegurador pagará su importe con las primas satisfechas por el conjunto de sus asegurados, consagrándose así el principio de mutualidad en que el seguro se funda y descansa, sin que exista normalmente ni enriquecimiento ni empobrecimiento aleatorio alguno. En el contrato de seguro, en fin, las prestaciones a las que se comprometen ambas partes están perfectamente determinadas al momento de su celebración, y cada una de ellas sabe ciertamente a lo que se compromete y cuál es su interés pecuniario.

Concluimos afirmando, por lo tanto, que el contrato de seguros, tal como aparece hoy regulado, si alguna vez pudo tener carácter aleatorio al contemplar un solo contrato de seguro con un asegurador y un asegurado, tal imagen resulta hoy históricamente borrosa y de actualidad inadmisible por haber abandonado totalmente dicho carácter, y ni teórica ni prácticamente puede ser calificado de contrato aleatorio y si conmutativo.

Ahora bien, una vez señalados los argumentos por los cuales un contrato de seguro, individualmente analizado, es un contrato aleatorio, se procederá a señalar una de las consecuencias de ese carácter: la imposibilidad de aplicarle la teoría de la imprevisión.

El artículo 868 del CCo. enseña que la revisión de los contratos por circunstancias extraordinarias, o teoría de la imprevisión, no aplica para los contratos de ejecución instantánea, ni los contratos aleatorios.

Del contraste de las normas del CCo., arts. 1036 y 868, se colige claramente que en el contrato de seguro no aplica la llamada teoría de la imprevisión. No obstante, la ejecución del contrato de seguro por el acaecimiento de un hecho imprevisible e irresistible puede hacerlo excesivamente oneroso para las partes. Razón por la cual a la luz de la teoría debería permitirse que se revise el contenido de las prestaciones así el contrato sea aleatorio³⁴⁹.

1.5. *Carácter de tracto sucesivo*

Por la naturaleza de su objeto este contrato es de ejecución sucesiva pues los riesgos asegurados son hechos que puede o no suceder en el futuro y, por ello, pero se desconoce, al momento de su celebración, cuando acaecerán.

Por lo anterior, la prima del asegurador se causa paulatinamente en el tiempo hasta que el riesgo acaece o se vence el plazo del contrato. Debe destacarse que en el seguro de transporte, excepcionalmente, *“El asegurador ganará irrevocablemente la prima desde el momento en que los riesgos comiencen a correr por su cuenta...”*³⁵⁰.

1.6. *Caracteres innominados*

Como se referenció, el art. 1036 del CCo. señala que el contrato de seguro es *“...consensual, bilateral, oneroso, aleatorio y de ejecución sucesiva...”* Tales características ya fueron analizadas en los numerales precedentes. Sin embargo, existe un carácter relevante que no se menciona en el CCo. y que se analizará en este escrito: La buena fe.

Se debe destacar que el artículo 871 del CCo. establece que todos *“...los contratos deberán celebrarse y ejecutarse de buena fe y, en consecuencia, obligarán no sólo*

³⁴⁹ ORDÓÑEZ ORDÓÑEZ, Andrés, Cuestiones Generales y Caracteres del Contrato, *op. cit.*, p. 102.

³⁵⁰ Cfr.: Art. 1119 del CCo.

a lo pactado expresamente en ellos, sino a todo lo que corresponda a la naturaleza de los mismos...”

En lo que corresponde particularmente al contrato de seguro, la buena fe tiene una proyección especial, porque si se analiza su regulación se aluden frecuentemente y no tiene efecto solo sobre la ejecución e integración del contrato sino que se extienden, en algunos casos, a la eficacia del mismo.

Por ejemplo, los arts. 1091 y 1092 del CCo., dan un tratamiento especial a los efectos derivados de los fenómenos del sobreseguro y coexistencia de seguros: en caso de que ambos fenómenos hayan ocurrido con ausencia de buena fe del asegurado conllevarán la terminación del contrato o su nulidad, por el contrario, si ocurrieron de buena fe la consecuencia será la reducción de la indemnización.

Adicionalmente, es de resaltar que, por la pluralidad de riesgos asegurables que se llevan al mercado asegurador, es de trascendencia que el asegurado brinde información veraz sobre la naturaleza de riesgo y lo probabilidad de que el ocurra.

También, en las tratativas preliminares³⁵¹, es de trascendencia que el futuro asegurado descubra quién fungirá como asegurador, cuál es el valor de su interés, ya que no es fácil determinar el mismo en cada uno de los casos que se deben atender.

2. Condiciones generales del contrato de seguro del derecho privado que se adoptarán y matizarán en la contratación pública

En este acápite se analizarán los elementos esenciales del contrato de seguro que nomina el art. 1045 del CCo.: (i) El riesgo asegurable; (ii) El interés asegurable; (iii) La prima o precio del seguro; y (iv) La obligación condicional del asegurador.

³⁵¹ Cfr.: Art. 863 del CCo.

2.1. Riesgo asegurable

El art. 1054 del CCo. define el riesgo como:

el suceso incierto que no depende exclusivamente de la voluntad del tomador, del asegurado o del beneficiario, y cuya realización da origen a la obligación del asegurador. Los hechos ciertos, salvo la muerte, y los físicamente imposibles, no constituyen riesgos y son, por lo tanto, extraños al contrato de seguro. Tampoco constituye riesgo la incertidumbre subjetiva respecto de determinado hecho que haya tenido o no cumplimiento.

Como se infiere de la lectura de la definición de riesgo, este es un suceso que requiere de tres caracteres para ser asegurable: la no dependencia exclusiva de la voluntad de una de las partes; la incertidumbre y; la futuridad respecto de la celebración del contrato.

Lo anterior, en el entendido de que la norma referenciada prohíbe que se asegure el riesgo putativo, es decir, que se asegure la incertidumbre acerca de la existencia de un hecho en el pasado.

El CCo. solo señala, de manera específica, algunos riesgos no asegurables: “...*El dolo, la culpa grave y los actos meramente potestativos del tomador, asegurado o beneficiario...*” Lo que permite inferir que cualquier suceso puede ser asegurable siempre y cuando sea futuro; incierto y; no dependa de la voluntad del asegurado.

En lo que corresponde a los sucesos no asegurables, en ellos se profundizará a continuación:

2.2. Riesgos no asegurables

2.2.1. Hechos ciertos y hechos imposibles

Como se indicó, la incertidumbre es una de los elementos que hacen a los riesgos asegurables. Por ello, resulta lógico que los hechos cuya ocurrencia sea cierta no sean asegurables, con excepción de la muerte, que es el riesgo propio de los seguros de vida. Aunque en realidad la incertidumbre del hecho radica en ausencia de certeza frente a la duración de la vida³⁵².

2.2.2. Hechos que dependen de la exclusiva voluntad del asegurado, tomador y/o beneficiario

Como se colige de la definición que se dio al riesgo asegurable, están excluidos los eventos cuya ocurrencia depende de una de las partes del contrato.

2.2.3. Dolo o culpa grave del tomador o asegurado

Adicional a los hechos ciertos, imposibles y de los que dependen de una de las partes del contrato de seguro³⁵³, se excluye del concepto de riesgo el dolo, pues - como resulta obvio- el dolo es un hecho voluntario del tomador y/o asegurado. Por ello, es un riesgo no asegurable.

En lo que corresponde a la culpa grave, el art. 1055 CCo., refiriendo a los riesgos no asegurables, dispone que “...*El dolo, la culpa grave y los actos meramente potestativos del tomador, asegurado o beneficiario son inasegurables...*” y, de otro lado, el inciso del art. 1127 del mismo cuerpo normativo determina que: “...Son

³⁵² Debe significarse la existencia de una controversia en torno al demerito por uso, en los eventos en que se aplica la figura de seguro “por valor a nuevo” *Cfr.*: ORDÓÑEZ ORDÓÑEZ, Andrés, *Cuestiones Generales y Caracteres del Contrato*, op. cit., p. 14.

³⁵³ *Cfr.*: Art. 1055 del CCo.

asegurables la responsabilidad contractual y la extracontractual, al igual que la culpa grave, con la restricción indicada en el artículo 1055...”

Pese a la contradicción que emerge de la lectura de las dos normas del mismo cuerpo normativo, se podría interpretar que la culpa grave es un riesgo asegurable. Puesto que la disposición del art. 1127 hace parte de la reforma realizada al régimen de seguros por la L. 45/90³⁵⁴ y, ello implica, que el único efecto útil que tiene tal disposición es incluir la culpa grave como un riesgo asegurable.

2.2.4. Otros riesgos que no son asegurables

Entre estos, se encuentran, por ejemplo, las consecuencias patrimoniales de una sanción penal, las cuales por razones de orden público no son asegurables. Entre esas razones destaca que las sanciones punitivas impuestas a quien delinque perderían parte de aquel efecto punitivo si un tercero asume la pena.

Adicionalmente, podría señalarse que existen unos riesgos que no hacen parte de los elementos naturales del contrato de seguro y, por ello, solo son asegurables mediante el pacto expreso de las partes, por ejemplo: (i) riesgo de lucro cesante³⁵⁵ que sufre el asegurado como del daño infligido a los bienes asegurados³⁵⁶; (ii) riesgo

³⁵⁴ Cfr.: Art. 84 de la L.45/90.

³⁵⁵ Cfr.: Art. 1088 del Cco.: “...Respecto del asegurado, los seguros de daños serán contratos de mera indemnización y jamás podrán constituir para él fuente de enriquecimiento. La indemnización podrá comprender a la vez el daño emergente y el lucro cesante, pero éste deberá ser objeto de un acuerdo expreso...”

³⁵⁶ No debe confundirse el lucro cesante, como parte integrante del daño que sufre la víctima en el seguro de responsabilidad civil. El cual si se entiende asegurado, pues lo que se asegura es, precisamente, la responsabilidad civil.

de guerras y terremotos o similares³⁵⁷; (iii) el vicio propio de las cosas³⁵⁸; (iv) el demerito por uso³⁵⁹; y (v) para algún sector de la doctrina, la culpa grave³⁶⁰.

2.3. Interés Asegurable

El interés asegurable es una relación económica que vincula a un sujeto con un determinado bien o patrimonio, tal interés constituye el objeto sobre el que recae el contrato de seguro³⁶¹. Debe resaltarse que el bien o patrimonio asegurado no es el objeto del contrato de seguro, solamente es el objeto a asegurar.

Comprender tal diferenciación es de vital importancia para entender que sobre un mismo bien o patrimonio pueden recaer múltiples intereses asegurables; la concurrencia de intereses asegurables a la que alude el artículo 1084 del CCo.

Ahora bien, señala el artículo 86 del CCo. que el interés debe existir desde que el asegurador asume el riesgo. Por lo demás, como resulta lógico, debe destacarse que al desaparecer el interés asegurable se extinguirá el contrato de seguro, pues como se señaló es un elemento esencial de esta tipología.

En relación con lo anterior, debe destacarse que la desaparición del interés asegurable puede obedecer a la transferencia del mismo a otro sujeto, sea por acto entre vivos o por causa de muerte: En el primer evento, tal como lo dispone el

³⁵⁷ Cfr.: Art. 1105 del CCo.

³⁵⁸ Cfr.: Art. 1104 del CCo.: “...La avería, merma o pérdida de una cosa, provenientes de su vicio propio, no estarán comprendidas dentro del riesgo asumido por el asegurador...”

³⁵⁹ Cfr.: Art. 1090 del CCo.

³⁶⁰ ORDÓÑEZ ORDÓÑEZ, Andrés, *Elementos esenciales, partes y carácter indemnizatorio del contrato*, en “Lecciones de derecho de seguros”, Universidad Externado de Colombia, N°2, 2008, p. 14.

³⁶¹ *Ibidem*, pp. 30-31.

artículo 1107 del CCo.³⁶², la transferencia del interés asegurable entre vivos causa la inexistencia del contrato. Debe aclararse, en todo caso, que el efecto de la transferencia de la cosa a la que está vinculado el seguro es el contrato seguirá existiendo si el asegurado original manifiesta esa circunstancia a la aseguradora dentro los diez días siguientes.

Para ilustrar la figura, resulta útil referenciar el ejemplo que expone el autor ORDÓÑEZ ORDÓÑEZ: *“...el propietario y original asegurado de un vehículo lo enajenase, manteniendo el derecho de uso o el usufructo o, eventualmente el arrendamiento del mismo, por lo cual el interés asegurable para efectos del contrato muta su naturaleza...”*³⁶³.

Entonces, podría establecerse, a modo de síntesis, que en la transferencia entre vivos del interés asegurable conduce a la inexistencia del negocio jurídico, salvo que se evidencie que la transmisión, en realidad, es de la cosa sobre la que recae el interés y ello puede implicar que el interés no desaparezca y solo se transforme.

³⁶² “La transferencia por acto entre vivos del interés asegurado o de la cosa a que esté vinculado el seguro, producirá automáticamente la extinción del contrato, a menos que subsista un interés asegurable en cabeza del asegurado. En este caso, subsistirá el contrato en la medida necesaria para proteger tal interés, siempre que el asegurado informe de esta circunstancia al asegurador dentro de los diez días siguientes a la fecha de la transferencia.

La extinción creará a cargo del asegurador la obligación de devolver la prima no devengada.

El consentimiento expreso del asegurador, genérica o específicamente otorgado, dejará sin efectos la extinción del contrato a que se refiere el inciso primero de este artículo”

³⁶³ ORDÓÑEZ ORDÓÑEZ, Andrés, *Elementos esenciales, partes y carácter indemnizatorio del contrato. op. cit.*, p. 37.

En lo atinente al segundo evento, la transferencia del interés asegurable por causa de muerte, el art. 1106 del CCo.³⁶⁴ garantiza la vigencia del contrato de seguro mientras la sucesión de los bienes del asegurado original se mantenga ilíquida. De tal suerte que una vez ella sea liquidada -por vía judicial o notarial- el adjudicatario de la herencia tendrá los quince días a la ejecutoria de la sentencia de partición o del otorgamiento de la escritura pública, según sea el caso, para informar su calidad de nuevo asegurado a la compañía aseguradora so pena que el contrato se torne inexistente expirado dicho plazo³⁶⁵.

2.4. La prima

La prima es la prestación pecuniaria a cargo del tomador a cambio de la salvaguarda y asunción del riesgo prometida por el asegurador³⁶⁶. Al establecerse como elemento esencial del contrato de seguro, el legislador confirmó el carácter oneroso del contrato de seguro, es decir, que sin la existencia de una utilidad correlativa al riesgo asumido por la compañía aseguradora no existe el contrato de seguro³⁶⁷.

Ahora bien, la prima debe pagarse, salvo estipulación en contrario, dentro del mes siguiente a la entrega de la póliza o de los certificados o anexos de la misma³⁶⁸. La

³⁶⁴ La transmisión por causa de muerte del interés asegurado, o de la cosa a que esté vinculado el seguro, dejará subsistente el contrato a nombre del adquirente, a cuyo cargo quedará el cumplimiento de las obligaciones pendientes en el momento de la muerte del asegurado.

Pero el adjudicatario tendrá un plazo de quince días contados a partir de la fecha de la sentencia aprobatoria de la partición para comunicar al asegurador la adquisición respectiva. A falta de esta comunicación se produce la extinción del contrato.

³⁶⁵ *Ibídem*.

³⁶⁶ NARVÁEZ BONNET, Jorge, *El Seguro de Cumplimiento; de Contratos y Obligaciones*, Grupo Editorial Ibáñez, Bogotá, 2011, p. 193.

³⁶⁷ ORDÓÑEZ ORDÓÑEZ, Andrés, *Elementos esenciales, partes y carácter indemnizatorio del contrato*, op. cit., p. 40.

³⁶⁸ Cfr.: Art. 1066 del CCo.

prima por naturaleza es divisible, lo que significa que esta se va devengando en la misma proporción en que se va extinguiendo la vigencia del amparo³⁶⁹. Sin perjuicio de que el valor total de la prima se cancele al asegurador a partir de la asunción del riesgo, evento en el cual la aseguradora deberá reembolsar el proporcional de la prima en el evento de que el contrato se termine de forma anticipada y, con ello, evitar un enriquecimiento sin causa.

2.4.1. Terminación del contrato de seguro por mora en el pago de la prima

Como se señaló, el pago de la prima se debe realizar dentro del mes siguiente a la entrega de la póliza y en el domicilio del asegurador, salvo convención en contrario. Ahora bien, respecto al incumplimiento o mora en el cumplimiento del pago de la prima el art. 68 del CCo. dispone:

La mora en el pago de la prima de la póliza o de los certificados o anexos que se expidan con fundamento en ella, producirá la terminación automática del contrato y dará derecho al asegurador para exigir el pago de la prima devengada y de los gastos causados con ocasión de la expedición del contrato.

Lo dispuesto en el inciso anterior deberá consignarse por parte del asegurador en la carátula de la póliza, en caracteres destacados.

Lo dispuesto en este artículo no podrá ser modificado por las partes

Nótese que el efecto que el legislador da a la mora es la terminación automática del contrato de seguro. Lo que convierte a este régimen en especial, en lo atinente a la mora del deudor, pues el art. 1546 del CCv. y el 870 del CCo. establecen la regla contraria. V.gr., el CCo. delimita lo siguiente: “En los contratos bilaterales, en caso de mora de una de las partes, podrá la otra pedir su resolución o terminación, con

³⁶⁹ NARVÁEZ BONNET, Jorge, *El Seguro de Cumplimiento; de Contratos y Obligaciones*, op. cit., p. 194.

indemnización de perjuicios compensatorios, o hacer efectiva la obligación, con indemnización de los perjuicios moratorios” (Subrayas fuera de texto)³⁷⁰.

Como se colige del contraste de las normas referenciadas, en la mora en el pago de la prima del contrato de seguro se faculta al asegurador a terminar unilateralmente el contrato y poder perseguir judicialmente el valor de la prima causada en el periodo transcurrido entre la asunción del riesgo y la terminación del vínculo contractual. Otro ejemplo de unilateralidad en las relaciones entre particulares.

2.5. *La obligación condicional del asegurador*

Como lo denota su nominación, el asegurador adquiere una obligación condicional. Puesto que sólo asumirá la indemnización del ocurrencia del riesgo asegurado en caso que este suceda, es decir, sólo se hará exigible la prestación con materialización del suceso asegurado como riesgoso.

Justamente, de esta obligación condicional surge el carácter aleatorio del contrato de seguro.

3. De las modalidades de seguros, para diferenciar el de cumplimiento como característico de la contratación pública

El título quinto del libro cuarto del CCo. regula lo atinente al contrato de seguro terrestre y en sus capítulos segundo y tercero clasifica dos grupos dentro de los seguros terrestres: los seguros de daños y los seguros de personas.

³⁷⁰ OSSA, Efrén, *Teoría General del Contrato de Seguro*, op. cit., p. 401.

3.1. Diferencias básicas entre seguros de daños y seguros de personas

Las diferencias entre ambas modalidades de seguros radican principalmente en los objetos que interesa garantizar al tomador. Así, los seguros de personas recaen sobre la protección de la vida o la salud de los individuos y, en general, buscan garantizar el pago de un capital o una renta cuando se produce un hecho que pone en riesgo la integridad física de un sujeto o su capacidad de trabajo³⁷¹, en todo caso, sin indemnizar el daño causado.

Por el contrario, en los seguros de daños el interés del tomador recae sobre una cosa (bien o patrimonio) y su objetivo, según sea el caso, será resarcir una disminución en el patrimonio del asegurado o el mantener indemne una cosa (*re*) determinada³⁷².

Ahora bien, ambas categorías de seguros se pueden clasificar, a su vez, en varias divisiones. Así, por ejemplo, los seguros de personas se clasifican en: i) Seguros de vida; ii) seguros de accidentes personales; seguros de hospitalización y cirugía y; iv) seguros de personas. Sin embargo, no se profundizará en ninguna de estas clasificaciones porque no es el objeto de este texto analizar los seguros de personas.

De otro lado, al igual que los seguros de personas, los seguros de daños se pueden subdividir en categorías más específicas, como lo son los seguros reales y los patrimoniales y, estos últimos, a su vez, podría clasificarse en seguros de cumplimiento, responsabilidad civil y manejo³⁷³.

³⁷¹ *Ibidem*, p. 64.

³⁷² *Ibidem*, p. 62.

³⁷³ NARVÁEZ BONNET, Jorge. *El seguro de cumplimiento; de contratos y obligaciones*, *op. cit.*, p. 31.

Como el objeto de este trabajo se enfoca particularmente en el seguro de cumplimiento, se procederá a enunciar las diferencias entre dicha especie de seguro de daños patrimonial con algunas de las otras mencionadas.

3.1.1. Seguro de crédito y Seguro de cumplimiento

El seguro de crédito respalda las obligaciones adquiridas por un empresario que no puede pagar por causa de insolvencia o mora prolongada superior a seis meses y, de otro lado, el seguro de cumplimiento respalda las obligaciones adquiridas por un sujeto contractual que no cumple las obligaciones de un negocio jurídico celebrado con un tercero³⁷⁴.

En aquel contexto, se puede señalar que existen dos diferencias fundamentales entre ambas especies de seguros de daños patrimoniales: (i) En el seguro de crédito el tomador y el beneficiario son el mismo sujeto. A diferencia del seguro de cumplimiento, en el cual el tomador es “deudor” y el asegurado el “acreedor” de la prestación incumplida y; (ii) el riesgo asegurado en el seguro de crédito es la insolvencia o mora prolongada del tomador y, por otra parte, en el seguro de cumplimiento el riesgo asegurado es el incumplimiento de las obligaciones del tomador.

3.1.2. Seguro de responsabilidad civil y seguro de cumplimiento

En el seguro de responsabilidad civil se repara el perjuicio causado por el tomador a un tercero con quien no tiene una vinculación contractual. En ese sentido, se debe significar que, si bien ambas especies de seguros de daños buscan indemnizar los perjuicios causados a un tercero por el incumplimiento de obligaciones (pagar una prestación o reparar un daño), el protegido por el amparo en el de responsabilidad

³⁷⁴ *Ibidem*, p. 28.

civil puede ser el acreedor o deudor de esa obligación y en el de cumplimiento exclusivamente será el acreedor³⁷⁵.

4. Las exclusiones del seguro, de orden legal y contractual, que se verán condicionadas en el derecho público

Las exclusiones son hechos o circunstancias que impiden el pago de la prestación a la que se obligó la asegurador con el beneficiario cuando ha acaecido el riesgo asegurable. Estas exclusiones pueden ser de orden legal o contractual³⁷⁶.

4.1. Exclusiones legales

Las exclusiones legales tienen estrecha relación con los riesgos no asegurables, esto es, coinciden con los riesgos que no se pueden asegurar listados en el art. 1055 del CCo.

Así, los actos meramente potestativos del tomador o beneficiario que buscan la materialización del siniestro no son asegurables. Empero, cabe resaltar que existen algunos hechos potestativos de los tomadores que sí son asegurables por razones de conveniencia: El matrimonio o el nacimiento de un hijo. Aunque nótese que no dependen de la voluntad exclusivo de un tomador singular³⁷⁷.

En ese orden de ideas, siguiendo con los riesgos no asegurables, el dolo y la culpa se instalan allí. Eso sí debe morigerarse esta regla sobre la culpa grave en atención a los conceptos que se expusieron en el acápite correspondiente a los riesgos no asegurables.

³⁷⁵ *Ibidem*, p. 37.

³⁷⁶ OSSA, Efrén. *Teoría General del Contrato de Seguro*, op. cit., p. 469.

³⁷⁷ *Ibidem*, p. 470.

También, como exclusión se encuentran algunos eventos que sería constitutivos de caso fortuito o fuerza mayor. Sin embargo, debe resaltarse con énfasis que esta exclusión puede ser derogada por estipulación en contrario.

Veamos, pues, qué sucede ante la falta de estipulación. El art. 1105 establece que están excluidos del contrato de seguro los perjuicios causados por “guerra civil o internacional, motines, huelgas, movimientos subversivos o, en general, conmociones populares de cualquier clase; y las erupciones volcánicas, temblores de tierra o cualquier otra convulsión de la naturaleza.

Entonces, se tiene que si ocurre alguno de los eventos enunciados en el párrafo precedente y tal circunstancia no se incluyó en el contrato como un riesgo asegurable, el asegurador no responderá por los daños causados al patrimonio o persona asegurado. Ahora bien, si una de esas circunstancias se pactó como asegurable, la aseguradora tendrá que indemnizar los perjuicios causados al beneficiario del contrato³⁷⁸.

Igualmente, a las circunstancias listadas en las líneas antecedentes, se puede señalar que el vicio propio de las cosas no es asegurable. No obstante, doctrinalmente se han diferenciado dos tipos de vicio propio de las cosas: Los naturales y los accidentales. Siendo los primeros la consecuencia propia del carácter fungible de las cosas y el segundo el causado por circunstancias anormales³⁷⁹.

Con base en aquella clasificación doctrinal, se ha establecido que es posible asegurar expresamente el vicio propio accidental o entenderlo asegurado cuando aquel demérito coincida con el interés asegurable.

Por último, este texto enunciará otras exclusiones legales que operan para modalidades especiales de seguros. En los seguros de incendio los artículos 1114;

³⁷⁸ *Ibidem*, p. 477.

³⁷⁹ *Ibidem*, p. 481.

1115 y; 1116 del CCo. establecen exclusiones a la responsabilidad del asegurador por explosión, combustión espontánea o apropiación de cosas aseguradas por causa del incendio.

4.2. Exclusiones contractuales

Como resulta acorde con la autonomía de la voluntad, las partes pueden graduar la extensión del contrato como a bien lo estimen. En ese sentido, el art. 1056 del CCo. dispone que *“con las restricciones legales, el asegurador pondrá, a su arbitrio, asumir todos o algunos de los riesgos a que estén expuestos el interés o la cosa asegurados, el patrimonio o la persona del asegurado”*.

Entonces, el asegurador podrá convenir exclusiones y aplicarlas al momento de la reclamación. Siempre y cuando ellas obren expresamente en el contrato. Esto no debe considerarse como una formalidad *ad solemnitatem*, sino probatoria a favor del afianzador.

5. De la necesaria individualización de las partes del contrato de seguro, para luego ubicar al Estado y su contratista

En un concepto *lato sensu* de las partes que intervienen en un contrato de seguro, se podrían clasificar en parte asegurada y parte aseguradora. El primer grupo, la parte asegurada, podría a su vez clasificarse en tres roles: (i) tomador; (ii) asegurado, propiamente dicho; y (iii) beneficiario. El segundo grupo, estaría compuesto exclusivamente por la compañía aseguradora³⁸⁰.

La legislación colombiana, en el art. 1037 del CCo., sólo hace referencia a dos partes que participan del contrato de seguro: El asegurado y el asegurador³⁸¹. Lo

³⁸⁰ ORDÓÑEZ ORDÓÑEZ, Andrés, *Elementos esenciales, partes y carácter indemnizatorio del contrato*, op. cit., p. 54.

³⁸¹ *Son partes del contrato de seguro: 1) El asegurador, o sea la persona jurídica que asume los riesgos, debidamente autorizada para ello con arreglo a las leyes y*

que plantea un vacío normativo delicado, pues, como ya se dijo, en la parte aseguradora -de la clasificación dada en el párrafo anterior- pueden coincidir tres sujetos diferentes.

5.1. Parte aseguradora

El art. 1037 del CCo. establece que la calidad de aseguradora sólo la puede ostentar una persona jurídica³⁸². En el caso de que la persona jurídica sea una sociedad comercial solo podrá operar como asegurador si está constituida como una sociedad anónima con objeto exclusivo, tal como lo establece el art. 38 del D.633/93.

El asegurador es quien se obliga condicionalmente a indemnizar un perjuicio en caso que se materialice el riesgo asegurado. Debe destacarse que personas de derecho público pueden fungir como aseguradoras.

5.2. Parte asegurada

Como se señaló en la parte introductoria a la presente sección, ésta puede estar integrada por tres calidades o sujetos diferentes. A continuación se profundizará en cada una de ellas:

5.2.1. Tomador

En los seguros de daños, el tomador es quien celebra el negocio jurídico con la entidad aseguradora, aunque no tenga la titularidad del interés asegurado. De otra parte, en los seguros de personas, el tomador es quien celebre el negocio jurídico

reglamentos, y 2) El tomador, o sea la persona que, obrando por cuenta propia o ajena, traslada los riesgos.

³⁸² Este grupo se puede descomponer en: Sociedades comerciales anónimas, cooperativas constituidas como aseguradores y empresas comerciales de derecho público.



y, a su vez, tiene la titularidad del interés asegurable en los casos señalados en los num. 2 y 3 del art. 1137 del CCo³⁸³.

Ahora bien, en ambos tipos de seguros, el tomador puede coincidir con el asegurado y, por ello, ser titular del interés asegurable.

5.2.2. Asegurado

En la legislación colombiana no se encuentra definido el asegurado. Como ya se dijo, él puede o no coincidir con el tomador. Por ello, debe diferenciarse en el seguro de daños y en el de personas.

En el seguro de daños, el asegurado es quien funge como titular del interés asegurable. Esta calidad puede o no coincidir con la del tomador, por ejemplo, en los seguros de responsabilidad civil coincide, pero en los de cumplimiento son distintos sujetos.

En los seguros de personas, el asegurado es el sujeto cuya vida o integridad buscan mantenerse indemnes, así el tomador sea quien tenga el interés en asegurarlos.

5.2.3. Beneficiario

Es el sujeto llamado a recibir, parcial o totalmente, la prestación asegurada en el evento que suceda la condición a la que se sujeto los efectos de la obligación del asegurador.

6. Los rasgos distintivos del contrato de seguro cuando protege de riesgos en la contratación pública

El num. 19 del art. 25 de la L.80/93 -en desarrollo del principio de economía- estableció que el contratista debe constituir una *“garantía única que avalará el*

³⁸³ ORDÓÑEZ ORDÓÑEZ, Andrés. *Elementos esenciales, partes y carácter indemnizatorio del contrato*, op. cit., p. 61.



cumplimiento de las obligaciones surgidas del contrato, la cual se mantendrá vigente durante su vida y liquidación y se ajustará a los límites, existencia y extensión del riesgo amparado”.

Posteriormente, la L.1150/07 desarrolló de manera más extensa el citado mandato del art. 25 de la L.80. En aquel momento el legislador señaló que: *“Las garantías consistirán en pólizas expedidas por compañías de seguros legalmente autorizadas para funcionar en Colombia, en garantías bancarias y en general, en los demás mecanismos de cobertura del riesgo autorizados por el reglamento para el efecto”.*

Como emerge de la lectura de los artículos referenciados, en Colombia a partir de la vigencia del nuevo estatuto general de contratación de la administración pública el contratista está obligado a garantizar la ejecución de sus obligaciones contractuales -y, en sede precontractual, la seriedad de su oferta- Sin embargo, no fue sino hasta el año 2007 en que el estatuto general señaló en qué modalidades debían otorgarse esas garantías.

Así, en aquel momento, la Ley señaló que las garantías debían ser pólizas de seguro y garantías bancarias. Además, indicó, de manera genérica, que también operará cualquier mecanismo de cobertura de riesgos que autorizara el Gobierno Nacional por medio del poder reglamentario.

Fue así como el asunto de las garantías de la contratación estatal se trasladó del legislativo al ejecutivo. En desarrollo de aquel transito de competencias se expidió el D.4828/08, en el cual se determinó que un contratista u oferente puede garantizar los riesgos a los que está sujeta su actividad por medio de pólizas de seguros, fiducias mercantiles, garantías bancarias a primer requerimiento, endoso de títulos valores y depósitos de dinero.

Las clases de garantías que se incluyeron en el D.4828/08 se mantuvieron vigentes a pesar de la derogatoria de dicho reglamento a cargo del D.734/12. Empero, un

cambio sustancial en lo atinente a las garantías en la contratación estatal aconteció al D. 734/12, con la expedición del D.1510/13, luego compilado en el D.1082/15.

El Decreto por el cual en 2013 se reglamentó la contratación pública en Colombia restringió las clases de garantías que pueden constituir el cumplimiento cabal de las obligaciones y riesgos contractuales y la seriedad de las ofertas. Así, se dispuso que las garantías a otorgar, por parte de los oferentes o contratitas, son: i) Contrato de seguro contenido en una póliza; ii) Patrimonio autónomo y iii) Garantía bancaria.

En la actualidad el D.1082 de 2015 que compiló, entre otros, el D.1510 de 2013 en su artículo 2.2.1.2.3.1.2 revela los tres tipos de garantías que operan en la contratación estatal colombiana, esto es, los mismos que establecía el artículo 111 D. 1510 de 2013.

Ahora bien, de las tres clases de garantías que hoy se pueden otorgar a favor de las entidades del Estado, por lejos la más utilizada es el contrato de seguro. Por ello, a lo largo de este capítulo se ha profundizado en su contenido y, en adelante, se estudiarán las diferencias entre su aplicación en el derecho privado y en la contratación estatal.

6.1. Particularidades del contrato de seguro en la contratación pública

Como se expuso en este capítulo, las modalidades de seguro terrestres, que regula el libro cuarto del CCo., son el seguro de daños y el seguro de personas. En materia de contratación estatal solo opera el seguro de daños, esto es, que solo opera para resarcir una disminución en el patrimonio de un sujeto, que no necesariamente es el tomador.

Los seguros de daños pueden clasificarse en patrimoniales y de bienes, el Estado participa de ambos tipos de seguros de daños. En general, en los patrimoniales participa en calidad de beneficiario y en los de bienes participa en calidad de asegurado.

En aquel contexto, es usual que las entidades, por ejemplo, celebren contratos de seguros de incendios para proteger sus bienes inmuebles del riesgo de deflagración, en calidad de tomadores. También, es obligatorio que los entes o entidades de la administración pública sean beneficiarias de la garantía única de cumplimiento de las obligaciones contractuales y de otra que avala la seriedad de las ofertas, la cual generalmente es un contrato de seguro.

Aquel contrato de seguro con el cual se garantiza el cumplimiento de las obligaciones del contrato se ha denominado garantía de cumplimiento por el reglamento³⁸⁴ o, en el caso que la forma de garantía presentada sea póliza, seguro de cumplimiento.

Como se señaló en los acápites precedentes, el seguro de cumplimiento *stricto sensu* es una modalidad no reconocida expresamente por la legislación comercial colombiana. No obstante, ella existe como seguro patrimonial de daños, cuyo interés asegurable es que el acreedor en una relación contractual sea indemnizado en caso de incumplimiento del deudor.

La expresión “seguro de cumplimiento” deriva de la expresión “garantía de cumplimiento”. “Garantía única de cumplimiento” que se emplea en la normativa de la contratación estatal. Entonces, en Colombia, tradicionalmente el seguro de cumplimiento como modalidad de seguro tiene su origen en el Derecho Administrativo y no en el Derecho Privado.

6.2. Seguro de Cumplimiento o Fianza

Como se vio, el seguro de cumplimiento como modalidad del contrato de seguro es una tipología creada por las normas de contratación y no por el CCo.

A pesar de ello, es reprochable que la modalidad escogida por la ley para proteger el patrimonio público sea el seguro de cumplimiento, pues éste, como seguro que

³⁸⁴ Cfr.: Art. 2.2.1.2.3.1.7 del D.1082/15

es, se orienta a preservar el interés asegurable: en este caso el de la entidad o ente asegurado³⁸⁵.

Sin embargo, la entidad estatal nunca participa de la formación del contrato, pues el asegurador suele contactarse exclusivamente con el tomador -contratista³⁸⁶ en la tratativas preliminares. La doctrina ha señalado que para proteger de manera efectiva

6.3. *Mecanismos de protección especial para el Estado en seguros de cumplimiento*

El reglamento de las leyes de contratación estatal prevé explícitamente unas restricciones que operan en los seguros tomados por contratistas u oferentes a favor de entidades del Estado, que no necesariamente operan en el derecho privado.

Así, el art. 2.2.1.2.3.2.3 del D.1082/15 indica que el tomador con el asegurador no podrán establecerse exclusiones contractuales y sólo operarán las siguientes: (i) Causa extraña, esto es la fuerza mayor o caso fortuito, el hecho de un tercero o la culpa exclusiva de la víctima; (ii) daños causados por el contratista a los bienes de la entidad estatal no destinados al contrato; (iii) uso indebido o inadecuado o falta de mantenimiento preventivo al que está obligada la entidad estatal; y (iv) el deterioro normal que sufran los bienes entregados con ocasión del contrato garantizado como consecuencia del transcurso del tiempo.

Esas exclusiones que señala el reglamento coinciden con algunas de las exclusiones legales, que -a su vez- tienen identidad con riesgos no asegurables, como el caso fortuito y fuerza mayor, los actos potestativos del asegurado y el demerito por uso. Caso especial es el de daños causados por el contratista a bienes

³⁸⁵ ORDÓÑEZ ORDÓÑEZ, Andrés, *El seguro de cumplimiento de contratos estatales en Colombia*, op. cit., p. 16.

³⁸⁶ *Ibidem*.

de la entidad, lo que pondría aquel daño en la órbita de la responsabilidad civil extracontractual.

También, el art. 2.2.1.2.3.2.4 del D.1082/15 señala que en los seguros tomados a favor de entidades estatales no se pueden incluir en las cláusulas de proporcionalidad, en las que se pacte que el pago de las indemnizaciones será proporcional a la envergadura del incumplimiento, esto es, que la aseguradora indemnizará la totalidad del monto asegurado en caso de incumplimiento en cualquier etapa de la ejecución del contrato.

Por último, el art. 2.2.1.2.3.2.4 del D.1082/15 señala que la terminación automática por falta de pago en la prima no opera la terminación unilateral del contrato de seguro por parte de la asegurada. Así una vez expedida la póliza la entidad o ente ya está asegurado, así el contratista u oferente no haya realizado el pago de la prima.

6.4. Efectividad de la póliza de seguros

Como se señaló, el art. 7 de la L.1150/07 profundizó en el tópico de las garantías, aunque pareció regular concretamente lo atinente a las pólizas de seguro. En ese sentido, la mentada disposición señaló expresamente que *“...el acaecimiento del siniestro que amparan las garantías será comunicado por la entidad pública al respectivo asegurador mediante la notificación del acto administrativo que así lo declare...”*

Reglamentando la norma invocada, el art. 128 del D. 1510/13, hoy compilado por el D.1082/15, determina los efectos jurídicos del acto administrativo que declara el incumplimiento:

Efectividad de las garantías. La Entidad Estatal debe hacer efectivas las garantías previstas en este capítulo así:

1. Por medio del acto administrativo en el cual la Entidad Estatal declare la caducidad del contrato y ordene el pago al contratista y al garante, bien sea de la cláusula penal o de los perjuicios que ha cuantificado. El acto administrativo de caducidad constituye el siniestro.
2. Por medio del acto administrativo en el cual la Entidad Estatal impone multas, debe ordenar el pago al contratista y al garante. El acto administrativo correspondiente constituye el siniestro.
3. Por medio del acto administrativo en el cual la Entidad Estatal declare el incumplimiento, puede hacer efectiva la cláusula penal, si está pactada en el contrato, y ordenar su pago al contratista y al garante. El acto administrativo correspondiente es la reclamación para la compañía de seguros. (Subrayas fuera de texto)

Los num. 1 y 2 del art. citado difieren sustancial y formalmente de la normativa que regula la efectividad de las pólizas de seguro en el derecho privado. Puesto que el CCo. indica que el beneficiario del contrato de seguro debe informar a la compañía aseguradora del acaecimiento del siniestro dentro de los tres días siguientes a la fecha en que conoció o debió conocer de la ocurrencia del mismo³⁸⁷. Una vez la aseguradora conoce tal circunstancia puede formular objeciones -que busquen la *exclusión de su responsabilidad*³⁸⁸- dentro del mes siguiente³⁸⁹. En el evento que la compañía aseguradora objete la reclamación, automáticamente la póliza perderá su fuerza ejecutoria y el beneficiario se verá forzado a acudir a la jurisdicción ordinaria para exigir el cumplimiento del contrato de seguro³⁹⁰.

³⁸⁷ Cfr.: CCo., art. 1075.

³⁸⁸ Cfr.: *Ibidem*, art. 1077.

³⁸⁹ Cfr.: *Ibidem*, art. 1053.

³⁹⁰ BENAVIDES, José Luis, *op. cit.*, p. 421.

Por el contrario, en materia de pólizas contractuales tomadas en favor de las entidades señaladas en el artículo 2º de la L.80 de 1993, las normas con fuerza de ley han establecido otro procedimiento, por ejemplo, el art. 86 de la L.1474/11 introdujo al ordenamiento el procedimiento para la imposición de multas, sanciones y declaratorias de incumplimiento:

Las entidades sometidas al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública podrán declarar el incumplimiento, cuantificando los perjuicios del mismo, imponer las multas y sanciones pactadas en el contrato, y hacer efectiva la cláusula penal. Para tal efecto observarán el siguiente procedimiento:

a) Evidenciado un posible incumplimiento de las obligaciones a cargo del contratista, la entidad pública lo citará a audiencia para debatir lo ocurrido. En la citación, hará mención expresa y detallada de los hechos que la soportan, acompañando el informe de interventoría o de supervisión en el que se sustente la actuación y enunciará las normas o cláusulas posiblemente violadas y las consecuencias que podrían derivarse para el contratista en desarrollo de la actuación. En la misma se establecerá el lugar, fecha y hora para la realización de la audiencia, la que podrá tener lugar a la mayor brevedad posible, atendida la naturaleza del contrato y la periodicidad establecida para el cumplimiento de las obligaciones contractuales. En el evento en que la garantía de cumplimiento consista en póliza de seguros, el garante será citado de la misma manera;

b) En desarrollo de la audiencia, el jefe de la entidad o su delegado, presentará las circunstancias de hecho que motivan la actuación, enunciará las posibles normas o cláusulas posiblemente violadas y las consecuencias que podrían derivarse para el contratista en desarrollo de la actuación. Acto seguido se concederá el uso de la

palabra al representante legal del contratista o a quien lo represente, y al garante, para que presenten sus descargos, en desarrollo de lo cual podrá rendir las explicaciones del caso, aportar pruebas y controvertir las presentadas por la entidad;

c) Hecho lo precedente, mediante resolución motivada en la que se consigne lo ocurrido en desarrollo de la audiencia y la cual se entenderá notificada en dicho acto público, la entidad procederá a decidir sobre la imposición o no de la multa, sanción o declaratoria de incumplimiento. Contra la decisión así proferida sólo procede el recurso de reposición que se interpondrá, sustentará y decidirá en la misma audiencia. La decisión sobre el recurso se entenderá notificada en la misma audiencia;

d) En cualquier momento del desarrollo de la audiencia, el jefe de la entidad o su delegado, podrá suspender la audiencia cuando de oficio o a petición de parte, ello resulte en su criterio necesario para allegar o practicar pruebas que estime conducentes y pertinentes, o cuando por cualquier otra razón debidamente sustentada, ello resulte necesario para el correcto desarrollo de la actuación administrativa. En todo caso, al adoptar la decisión, se señalará fecha y hora para reanudar la audiencia.

La entidad podrá dar por terminado el procedimiento en cualquier momento, si por algún medio tiene conocimiento de la cesación de situación de incumplimiento.

Una vez el acto ha adquirido firmeza y es oponible entra en la órbita de los documentos que prestan mérito ejecutivo en favor de las entidades de la Administración Pública, más concretamente, ése acto se encuadra en el supuesto de hecho que describe el numeral tercero del art. 99 del CPACA, que señala que prestaran mérito ejecutivo “...los contratos o los documentos en que constan



garantías, junto con el Acto Administrativo que declara el incumplimiento o la caducidad. Igualmente lo serán el acta de liquidación del contrato o cualquier Acto Administrativo proferido con ocasión de la actividad contractual...”

En síntesis, en los eventos en que la Administración Pública declare la caducidad de un contrato o imponga multas al contratista, ésta podrá acompañar el acto administrativo que declare el incumplimiento y ordene hacer efectivo el amparo a la póliza de seguro y con esos documentos estará facultada para acudir a la jurisdicción o al procedimiento de cobro coactivo para ejecutar el valor asegurado. Esta facultad, aplicable solo a los dos casos señalados, se constituye como una auténtica excepción al trámite de ejecución del valor asegurado que opera en el derecho privado. Dado que, en virtud de la presunción de legalidad de los actos administrativos, en estos eventos, la compañía aseguradora se encuentra vedada para objetar la reclamación de la entidad y someter ese debate a la jurisdicción a través de un proceso ordinario. Pero en el derecho público no constituye excepción, porque hace a las prerrogativas del Estado.

Corolario

Se registra que, cuando en la contratación pública colombiana, debe acudirse tanto al derecho privado como al público, éste siempre prevalecerá, presentándose aquél como supletorio, sin que -por ello- pierda importancia. Así, por ejemplo, el trámite para hacer efectivo el seguro no es, por regla, el instituido para los particulares, aunque el contrato de seguro (perfeccionado entre el contratista del Estado y una compañía aseguradora) siga siendo de derecho privado. Se evidencia la preponderancia de lo público.

CAPÍTULO IV

DE LA FORMA DE APLICACIÓN: SINIESTRALIDAD DE PÓLIZAS Y DEBIDO PROCESO ADMINISTRATIVO

el régimen común a todos los contratos de la administración parte de la noción de “contratos de interés público” que consagra la Constitución... no en cuanto a su objeto y naturaleza, sino en cuanto a que sean suscritos por entidades que formen parte de la administración pública

Allan R. BREWER-CARÍAS³⁹¹

Sumario: 1. *El siniestro en el derecho administrativo contractual como un régimen excepcional al derecho privado.* 2. *Del fundamento de la siniestralidad de pólizas como prerrogativa del Estado para proteger el interés general.* 3. *La configuración del siniestro ante los distintos riesgos que se presentan en la función administrativa contractual.* 4. *De la cuantificación de los perjuicios como facultad del Estado inherente a la declaración de siniestros.* 5. *Del régimen entre particulares ante la ocurrencia del riesgo amparado por el contrato privado de seguro.* 6. *Procedimiento administrativo para declarar siniestro: protección del interés general y de los derechos del contratista.* 7. *Ejecución o cobro coactivo como consecuencia de la declaración del siniestro por incumplimiento del contratista*

Exordio

Corresponde, ahora, verificar la efectividad de las garantías, a partir de la configuración del siniestro, que -en comparación con el régimen entre particulares- constituye una excepcionalidad, pero en el análisis interno del derecho público se instituye como una facultad ordinaria e inherente a la protección del interés general.

³⁹¹ BREWER-CARÍAS, Allan R., *El Proceso de Huida y de Recuperación del Derecho Administrativo*, en CIENFUEGOS SALGADO, David y RODRÍGUEZ LOZANO (Coords.), Luis Gerardo, *Actualidad de los Servicios Públicos en Iberoamérica*, UNAM, México, 2008, p. 120.



Implica ello analizar las vicisitudes que se exteriorizan en el respectivo procedimiento, que denota -también- la protección de los derechos del contratista incumplido.

1. *El siniestro en el derecho administrativo contractual como un régimen excepcional al derecho privado*

El art. 1072 del CCo. define el siniestro como “*la realización del riesgo asegurado*”. Pero Efrén Ossa, en su Teoría General del Seguro, señala que se le puede concebir como: “*la condición a la que está subordinada el derecho del asegurado*”³⁹².

En materia de contratación estatal, concretamente en los amparos correspondientes a la garantía única de cumplimiento, por regla, el siniestro no lo constituye exclusivamente la presencia del riesgo que se aseguró. Aquí será un hecho -el incumplimiento- más el acto administrativo que expide la entidad estatal declarando la ocurrencia del riesgo asegurado (incumplimiento), tal como lo señala el art. 7 de la L.1150/07.

Esto implica que, en estricto sentido, el siniestro no es, como tal, el acaecimiento del riesgo -hecho- asegurado, sino el acto administrativo que lo declara. Justamente por ello para que el siniestro se consolide plenamente a la vida jurídica el acto administrativo que declare el incumplimiento deberá notificarse al contratista y a la compañía aseguradora y adquirir firmeza.

Supuesto lo anterior, se erigen dos consecuencias de la naturaleza del siniestro en la contratación estatal colombiana: i) El acto administrativo deberá proferirse dentro de la vigencia del contrato de seguro, específicamente, del amparo y; ii) la prescripción o caducidad de los medios judiciales para reclamar el cumplimiento del

³⁹² OSSA, Efrén, *Teoría General del Contrato de Seguro*, op. cit., p. 421.



contrato de seguro deberán correr a partir de la notificación y firmeza de aquel acto administrativo³⁹³.

Por último, debe precisarse, de nuevo, que la reglamentación actual dispone que el acto administrativo solo constituya siniestro cuando la entidad opta por declarar la caducidad de un contrato y cuando se aplican multas. En los demás incumplimientos, según el reglamento, el acto administrativo que declara el incumplimiento es la reclamación a la aseguradora.

2. Del fundamento de la siniestralidad de pólizas como prerrogativa del Estado para proteger el interés general

El fundamento de esta prerrogativa otorgada a las entidades estatales no es otra que garantizar el éxito del proyecto contratado y la satisfacción del interés general, al igual que las -propiamente dichas- cláusulas excepcionales. Es más, en desarrollo de tal prerrogativa, el Estado tiene la potestad de constreñir a la aseguradora, la cual no es parte del contrato estatal que se garantiza. Lo que se constituye como una auténtica excepcionalidad y exorbitancia, pero sólo si compara con el derecho privado (esto es, con la regulación de las relaciones entre particulares), no cuando se analizan los vínculos entre el Estado y los particulares.

Sentado lo anterior, corresponde analizar la génesis de esta prerrogativa. Origen que, de manera inmediata, se encuentra estrechamente ligado al concepto de seguro de cumplimiento, el cual, como se mencionó, no tiene regulación expresa en el CCo. y, por ello, podría clasificársele como una especie de seguro de daños patrimoniales cuyo riesgo asegurado es el cumplimiento de una obligación contractual del tomador.

³⁹³ ORDÓÑEZ ORDÓÑEZ, Andrés, *El seguro de cumplimiento en los contratos estatales en Colombia*, op. cit., pp. 66 y 67.

Sin embargo, como se expresó en el capítulo anterior, sobre el seguro de cumplimiento se legisló por primera vez en el espacio del derecho administrativo. Así, en la L.225/38 se creó un seguro cuyo objeto era, entre otros relacionados con la función pública, garantizar el “cumplimiento de obligaciones que emanen de leyes o contratos”.

El D.1348/39 y el D.2950/54 reglamentaron la Ley en comento y establecieron que el contenido del contrato de seguro que se tomara para garantizar el cumplimiento de un negocio jurídico propio de algún ente o entidad del Estado debía ser elaborado y aprobado por la Contraloría General de la República.

Posteriormente, por medio de la Resol.1810/57 de la CGR se adoptó la matriz de póliza que debía ser otorgada en los contratos administrativos³⁹⁴. En el referido instrumento se indicó que debía entenderse causado el siniestro en los contratos administrativos: *“tan pronto como la aseguradora sea notificada de las resoluciones administrativas que declaren el incumplimiento del contrato o de alguna de sus estipulaciones, o de imposición de multas o sanciones previstas en el mismo”*³⁹⁵.

Años después, se expidió el D.150/76, el primer estatuto de contratación pública. En él se reguló que las garantías podían ser otorgadas por compañías de seguros o entidades bancarias y que las pólizas matrices debían ser aprobadas por la Contraloría General de la República.

Como se colige de lo expresado en el párrafo anterior, el primer estatuto de contratación estatal no modificó sustancialmente el panorama de las garantías en los contratos administrativos y tampoco aportó mayores claridades sobre qué constituía el siniestro en los seguros de cumplimiento. Por ello, a partir de la vigencia

³⁹⁴ ORDÓÑEZ ORDÓÑEZ, Andrés, *El seguro de cumplimiento en los contratos estatales en Colombia*, op. cit., p. 57.

³⁹⁵ *Ibidem*.

del D.150/76, la configuración del siniestro se regulaba directamente por la estipulación del contrato de seguro.

En el año 1981, la Contraloría General de República modificó, por medio de la Resol.08660 la estipulación que definía la ocurrencia del siniestro en la póliza matriz de seguro de cumplimiento e indicó que el siniestro lo constituye la notificación a la aseguradora de los actos administrativos que declaran la caducidad; imponen multas al contratista o el que declara la ocurrencia del riesgo que ampara el seguro³⁹⁶.

Dos años después de expedirse la Resol.08660 de la Contraloría, se promulgó un nuevo estatuto de contratación administrativa, por conducto del D.222/83, en el cual se dispuso que las pólizas matrices debieran ser aprobadas por la Superintendencia Bancaria y ya no por la Contraloría³⁹⁷. Así, en los oficios DS y C2756 de 1983 la Superintendencia Bancaria anexó la última matriz de póliza de cumplimiento aprobada por la Contraloría; manteniendo el concepto de siniestro que se había desarrollado en los años anteriores.

En 1993, el EGCAP guardó silencio sobre el concepto de siniestro de las garantías constituidas para respaldar el cumplimiento de contratos estatales, es más, se limitó a señalar en el num. 19 del art. 25 de la L.80 que existiría una garantía única de cumplimiento y señalar algunas características de esa garantía.

No obstante, al desarrollar la cláusula excepcional de caducidad el legislador facultó expresamente a la administración para que termine un contrato estatal por incumplimientos graves del contratista que puedan conducir a la paralización de la ejecución del contrato. Uno de los efectos de este modo de terminación del contrato

³⁹⁶ *Ibidem*.

³⁹⁷ Cfr.: Art. 70 del D.222/83: “Las garantías podrán consistir en fianzas de bancos o de compañías de seguros cuyas pólizas matrices deberán ser aprobadas por la Superintendencia Bancaria”.



es que la declaratoria de caducidad será constitutiva del siniestro de incumplimiento. Nuevamente, como una situación jurídica: la declaratoria mediante acto administrativo.

Con posterioridad, se realizó una reforma a la Ley de contratación estatal. En dicha reforma, el art. 7 de la L.1150/07 le concedió a las entidades estatales la posibilidad de declarar el siniestro a través de acto administrativo y notificarle aquel acto a la compañía aseguradora.

Tal disposición fue reglamentada, en lo que corresponde al siniestro, inicialmente por el art. 7 del D.4828/08, que señaló lo siguiente:

Efectividad de las garantías. Cuando se presente alguno de los eventos de incumplimiento cubiertos por las garantías previstas en este decreto, la entidad contratante procederá a hacerlas efectivas de la siguiente forma:

14.1 En caso de caducidad, una vez agotado el debido proceso y garantizados los derechos de defensa y contradicción del contratista y de su garante, proferirá el acto administrativo correspondiente en el cual, además de la declaratoria de caducidad, procederá a hacer efectiva la cláusula penal o a cuantificar el monto del perjuicio y a ordenar su pago tanto al contratista como al garante. Para este evento el acto administrativo constituye el siniestro en las garantías otorgadas mediante póliza de seguro.

14.2 En caso de aplicación de multas, una vez agotado el debido proceso y garantizados los derechos de defensa y contradicción del contratista y de su garante, proferirá el acto administrativo correspondiente en el cual impondrá la multa y ordenará su pago tanto al contratista como al garante. Para este evento el acto



administrativo constituye el siniestro en las garantías otorgadas mediante póliza de seguro.

14.3 En los demás casos de incumplimiento, una vez agotado el debido proceso y garantizados los derechos de defensa y contradicción del contratista y de su garante proferirá el acto administrativo correspondiente en el cual declarará el incumplimiento, procederá a cuantificar el monto de la pérdida o a hacer efectiva la cláusula penal, si ella está pactada y a ordenar su pago tanto al contratista como al garante. Para este evento el acto administrativo constituye la reclamación en las garantías otorgadas mediante póliza de seguro.

Como se ve el Decreto restringió la constitución del siniestro a solo dos eventos. i) Cuando se declare la caducidad, lo que ya señalaba el art. 18 de la L.80 y; ii) cuando se impusieran multas al contratista, caso en el cual el acto administrativo que deja en firme la multa hará las veces del siniestro. Sin embargo, la novedad más destacable que incluyó el reglamentó fue que dispuso que el acto administrativo que declara el incumplimiento en “los demás casos de incumplimiento” constituiría la reclamación a la aseguradora.

El D.4828/08 reguló exclusivamente el régimen de garantías para la contratación estatal y fue derogado por el D.734/12, el cual reglamentó integralmente el EGCAP. En relación a la efectividad de las garantías el artículo 5.1.13 del acto administrativo en cuestión reproducía la redacción contenida en el art. 7 del D.4828/08.

A su vez, el D.734/12 fue derogado por el D.1510/13. En lo atinente a la efectividad de las garantías, el artículo 128 del D.1510 modificó la redacción del decreto reglamentario predecesor. Pero no alteró su espíritu, esto es, que mantuvo la clasificación que originó el D.4828: Los actos administrativos que declaren la caducidad o impongan multas constituyen el siniestro de la póliza de seguros y los



actos administrativos que declaren otros incumplimientos constituirán la reclamación a la aseguradora.

Cabe destacar que, en la actualidad el D.1082/15 compiló, entre otros reglamentos, el D.1510/13. Razón por la cual la fuente formal normativa que en la actualidad contiene la disposición sobre la efectividad de las garantías se encuentra en el artículo 2.2.1.2.3.1.19 de aquel decreto.

3. La configuración del siniestro ante los distintos riesgos que se presentan en la función administrativa contractual

Como se ha visto, en materia de contratación estatal, por regla, el siniestro lo constituye el acto administrativo que declare el incumplimiento, ya sea porque la entidad hará uso de la potestad de caducar el contrato o porque le impondrá una multa.

Sentado lo anterior, resta señalar cuáles son los requisitos que se deben presentar para que se configure el siniestro. Estos son, como resulta lógico, la existencia de un contrato de seguro de cumplimiento en el cual la entidad contratante sea la asegurada; el incumplimiento de alguna de las obligaciones del contrato estatal que se encuentran amparadas por el contrato de seguro; que el contrato de seguro (el respectivo amparo) se encuentre vigente al momento de constatar incumplimiento; que tal incumplimiento le sea imputable al contratista del Estado; que la entidad declare la caducidad del contrato o imponga la multa al contratista por medio de un acto administrativo, en el cual -para otorgar certeza- declare la presencia del siniestro y ordene hacer efectiva la póliza; y que tales decisiones adquieran firmeza.

Como resulta lógico, el primero de los requisitos para que se configure el siniestro es que el contratista haya celebrado un contrato de seguro en favor de la entidad con el propósito de garantizar el cumplimiento de sus obligaciones contractuales.

Sentado lo anterior, corresponde realizar una descripción de los hechos que pueden configurar incumplimientos por parte del contratista a la entidad contratante.

3.1. Incumplimientos

Como se señaló, las coberturas o amparos que conforman la garantía única de cumplimiento son múltiples. De acuerdo con el art. 116 del D.1510/13, hoy compilado por el D.1082/15, son los siguientes: (i) Buen manejo y correcta inversión del anticipo. Este amparo cubre los perjuicios sufridos por la Entidad Estatal con ocasión de buen manejo y correcta inversión del anticipo; (ii) Devolución del pago anticipado; (iii) Cumplimiento; (iv) Pago de salarios, prestaciones sociales legales e indemnizaciones laborales; (v) Estabilidad y calidad de la obra; (vi) Calidad del servicio y; (vii) Calidad y correcto funcionamiento de los bienes.

Como se ve el incumplimiento que conduce a un siniestro reviste diferentes formas. Razón por la cual se profundizará en qué consiste cada uno de los amparos que señala el reglamento.

3.1.1. Buen manejo y correcta inversión del anticipo

El primer amparo es el buen manejo y correcta inversión del anticipo, como ya se vio el anticipo es un dinero entregado por la entidad al contratista a título de crédito y cuya finalidad es cubrir los costos iniciales de la ejecución del contrato e impulsar la adecuada ejecución del mismo.

En el escenario en que el contratista destine los dineros entregados a objetos distintos al proyecto contratado por la entidad; o los destine al proyecto en una oportunidad inconveniente o; por último, no haga uso del anticipo estará incumpliendo el contrato. Lo que conducirá a que la compañía aseguradora deba pagar el 100% del valor del anticipo.

3.1.2. Devolución del pago anticipado

Como se ha mencionado el pago anticipado es una forma de extinción parcial de las obligaciones (pago) que se da, por una cifra no superior al 50% total del contrato, al contratista antes de que este inicie la ejecución del contrato. Esto es, que los



dineros entregados al contratista entregados a título de pago anticipado hacen parte del precio del contrato.

De lo anterior se colige que no puede emerger incumplimiento alguno en relación con el pago anticipado, si el contrato se ejecuta en su totalidad. Ahora bien, puede suceder que por la no ejecución de las prestaciones del contratista (incumplimiento genérico) éste deba reembolsar a la entidad el valor del pago anticipado.

En ese escenario, el riesgo amparado por la compañía aseguradora es que el contratista no retorne el valor total o parcial del pago anticipado. La suficiencia del amparo es el 100% del valor entregado a título de ese pago anticipado.

3.1.3. Cumplimiento

Este es el amparo básico de la garantía única de cumplimiento. Su propósito es cubrir tanto los perjuicios infligidos a la entidad por el incumplimiento total, parcial, tardío o defectuoso del contratista y el valor de las sanciones contractuales impuestas a él.

Aquí es importante destacar que en el caso de cumplimiento defectuoso el amparo de cumplimiento opera solo si los perjuicios son causados a la entidad en el curso de la ejecución del contrato. En el evento, que el término de ejecución haya expirado y el contrato se haya terminado o liquidado operará el amparo de calidad de bien o servicio o estabilidad de la obra. Adicional a los incumplimientos, este amparo también cubre el valor de las sanciones contractuales, multas y cláusula penal pecuniaria.

En lo atinente a la suficiencia del amparo de cumplimiento, por regla general no puede ser inferior al 10% del valor del contrato. Salvo que el precio del contrato sea superior a 1.000.000 de salarios mínimos, evento en el cual, según el art. 121 del D.1510/13 hoy compilado por el D.1082/15, aplicarán las siguientes reglas:

- 1. Si el valor del contrato es superior a un millón (1.000.000) de smmlv y hasta cinco millones (5.000.000) de smmlv, la Entidad Estatal puede aceptar garantías que cubran al menos el dos punto cinco por ciento (2,5%) del valor del contrato.*
- 2. Si el valor del contrato es superior a cinco millones (5.000.000) de smmlv y hasta diez millones (10.000.000) de smmlv, la Entidad Estatal puede aceptar garantías que cubran al menos el uno por ciento (1%) del valor del contrato.*
- 3. Si el valor del contrato es superior a diez millones (10.000.000) de smmlv, la Entidad Estatal puede aceptar garantías que cubran al menos el cero punto cinco por ciento (0,5%) del valor del contrato.*

Cabe resaltar que en caso de incumplimiento parcial del contratista es posible reducir el valor de la cláusula penal pecuniaria proporcionalmente al incumplimiento³⁹⁸.

En lo que corresponde a la vigencia, el ya citado art. 121 del D.1520/13 establece que la vigencia de este amparo se debe extender mínimo hasta la liquidación del contrato estatal. Recuérdese que las partes pueden establecer el plazo para la liquidación del contrato como a bien lo tengan o, en caso de no estipularlo, el estatuto general señala que podrán liquidarlo de mutuo acuerdo dentro de los cuatro meses siguientes a su terminación y, en todo caso, la entidad podrá liquidarlo unilateralmente dentro de los dos meses siguientes al vencimiento del plazo inicial para liquidación de consuno.

³⁹⁸ CE, SCA, Secc. 3ra, S 22/04/09, Rad. 19001-23-31-000-1994-09004-01(14667)

3.1.4. Pago de salarios, prestaciones sociales legales e indemnizaciones laborales

Esta cobertura ampara los perjuicios que podría infligir el incumplimiento de las obligaciones laborales del contratista. Tal perjuicio se causaría por una eventual condena judicial a la entidad o acuerdo cuyo fundamento sería la solidaridad que establece el art. 34 del CST³⁹⁹.

Ahora bien, el trabajador que realice la reclamación a la entidad, judicial o extrajudicialmente, tendrá que acreditar que participó del proyecto garantizado por el contrato de seguro y que, en efecto, existió solidaridad patronal entre el contratista y la entidad.

En cuanto a la suficiencia monetaria, esta debe otorgarse mínimo por un valor equivalente al 5% del precio total del contrato.

3.1.5. Estabilidad y calidad de la obra

A diferencia de los amparos propios de la garantía única de cumplimiento que se han analizado previamente, el amparo de estabilidad de la obra es un amparo pos contractual; puesto que su objeto es garantizar la indemnización a la entidad cuando la obra se destruya u arruine por causas imputables al constructor, una vez entregada. Por ello, solo puede operar una vez la obra haya sido recibida por la entidad, es decir, una vez ya se ha pagado la obligación del contratista⁴⁰⁰.

³⁹⁹ (...) el beneficiario del trabajo o dueño de la obra, a menos que se trate de labores extrañas a las actividades normales de su empresa o negocio, será solidariamente responsable con el contratista por el valor de los salarios y de las prestaciones e indemnizaciones a que tengan derecho los trabajadores, solidaridad que no obsta para que el beneficiario estipule con el contratista las garantías del caso o para que repita contra él lo pagado a esos trabajadores.

⁴⁰⁰ CE, SCA, Secc. 3ra, S 16/03//00, Rad. 10876.

En cuanto a la suficiencia, el reglamento le impone a la entidad el deber de determinar el valor del amparo en los pliegos de condiciones o en las tratativas preliminares, así como su vigencia, conforme al estudio técnico sobre la vida útil de la obra. Fijando una regla, a título de referente, de 5 años. Por último, debe destacarse que este amparo, como resulta lógico, solo opera para contratos de obra, concesión de infraestructura y, en general, contratos en que haya por lo menos una obligación de construcción.

3.1.6. Calidad del servicio

Su propósito es reparar los perjuicios causados a la entidad por la precariedad de los productos derivados de contratos como el de prestación de servicios y de consultoría, o por la mala calidad de las prestaciones consumadas por los contratistas. Siempre que los perjuicios deriven la negligencia del contratista en la ejecución de las obligaciones estipuladas.

La suficiencia de este amparo, al igual que el caso anterior, deberá ser fijado por la entidad estatal en los tratos preliminares a la celebración del contrato con el contratista.

3.1.7. Calidad y correcto funcionamiento de los bienes

Al igual que la estabilidad de la obra, este amparo opera principalmente en la etapa poscontractual. Ampara riesgos relacionados con la calidad de los bienes dados a las entidades en virtud de contratos de compraventa o suministro. También, opera cuando la calidad de los bienes en líneas generales es óptima pero no cumple con las normas técnicas del bien exigidas en las tratativas preliminares.

3.2. Vigencias

En lo que corresponde a la vigencia del contrato estatal de seguro de cumplimiento, del cual la entidad será asegurada, el reglamento fijó el periodo por el que se

mantiene vigente para cada uno de los cubrimientos que constituyen la garantía única de cumplimiento.

La siguiente tabla lo ilustra:

Garantía única de cumplimiento	
Amparo	Vigencia
Buen manejo y correcta inversión del anticipo	Se prolonga hasta la liquidación del contrato
Devolución del pago anticipado	Se prolonga hasta la liquidación del contrato
Cumplimiento	Se prolonga mínimo hasta la liquidación del contrato
Pago de salarios, prestaciones sociales legales e indemnizaciones laborales	Estará vigente por el plazo del contrato y los tres años posteriores a su terminación
Estabilidad de la obra	Estará vigente por un término no inferior a cinco años contados a partir de recibo a satisfacción de la obra. Es posible que se estipule una vigencia inferior para este amparo, siempre y cuando este avalada por un experto en la materia.
Calidad del servicio	Esta debe ser establecida por la entidad de acuerdo a las necesidades del servicio.
Calidad de bienes	Esta debe ser establecida por la entidad de acuerdo a las necesidades del servicio.

4. De la cuantificación de los perjuicios como facultad del Estado inherente a la declaración de siniestros

Como se ha visto, el objeto de los seguros de daños -incluidos en ellos el seguro de cumplimiento- es indemnizatorio, esto es, que su fin último es reparar al asegurado o beneficiario de los perjuicios infligidos a él por el acaecimiento del riesgo asegurado. Por ello, corresponde al asegurado o beneficiario demostrar la cuantía o monto del perjuicio junto con la ocurrencia del riesgo asegurado⁴⁰¹.

En contratación estatal, el tópico de la cuantificación de los perjuicios ha sido uno de los más controversiales, pues en la jurisprudencia del Consejo de Estado se debate fervientemente si la entidad tiene la potestad de cuantificar la envergadura de los perjuicios.

En torno a esa controversia, en vigencia del D.222/83, el Supremo Tribunal de lo Contencioso Administrativo desconocía a la entidad facultad alguna para cuantificar o liquidar perjuicios distintos a la tasación anticipada que realiza la cláusula penal pecuniaria⁴⁰².

Ya en vigencia del EGCAP, la tesis que se exponía en aplicación del D.222/83⁴⁰³, fue confirmada, esto es, que en todos los casos las entidades que hayan sufrido perjuicios consecuencia de incumplimientos de contratistas debían acudir al juez para que aquel declare el incumplimiento y tase el monto de los perjuicios, salvo en los eventos en que se haga efectiva la cláusula penal pecuniaria⁴⁰⁴.

Cabe destacar, que el EGCAP no contempla expresamente la facultad de cuantificar los perjuicios causados a la entidad por el incumplimiento del contratista con el

⁴⁰¹ CSJ, SCC, S 16/11/05, Rad. 7143.

⁴⁰² CE, SCA, Secc. 3ra, S 11/12/89, Rad. 5334.

⁴⁰³ CE, SCA, Secc. 3ra, S 22/06/00, Rad. 12723.

⁴⁰⁴ *Ibidem*.

propósito de hacer efectivas las garantías. Pero, bajo una interpretación sistemática y finalista, es factible deducir tal potestad, inherente a la delcratoria del siniestro. De lo contrario, o bien se hace inocua por indeterminación del cobro (debiendo acudir al juez), o resultaría desproporcionado si cobra el 100% del amparo, cuando el perjuicio es inferior.

Así, de manera más reciente, el mismo juez colegiado ha sostenido que, en efecto, la facultad para declarar el siniestro que reconoce el artí. 18 de la L.80/93 para efectos de la caducidad y la que otorgó la L.1150/07 en las declaratorias de incumplimiento, lleva aparejada la potestad cuantificar el perjuicio e incluso liquidarlo⁴⁰⁵.

Dicha cuantificación del perjuicio puede ser realizada por la entidad a través de un acto administrativo independiente o en el mismo que declara el incumplimiento o el siniestro. También, es posible que en uso de la potestad de liquidar el contrato la entidad establezca el monto de los perjuicios en ese acto administrativo.

Igualmente, debe destacarse que la L.1474/11 le otorgó a las entidades la potestad de cuantificar los perjuicios en la declaratoria de incumplimientos, multas y otras sanciones contractuales, como en su momento lo hizo el D.4828/08, veamos:

*L.1474/11, art. 86: Las entidades sometidas al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública podrán declarar el incumplimiento, **cuantificando los perjuicios del mismo**, imponer las multas y sanciones pactadas en el contrato, y hacer efectiva la cláusula penal...*

⁴⁰⁵ CE, SCA, Secc. 3ra, S 22/04/09, Rad. Rad. 19001-23-31-000-1994-09004-01(14667)

D.4828/08, art. 14: ...*En caso de caducidad, una vez agotado el debido proceso y garantizados los derechos de defensa y contradicción del contratista y de su garante, proferirá el acto administrativo correspondiente en el cual, además de la declaratoria de caducidad, procederá a hacer efectiva la cláusula penal **o a cuantificar el monto del perjuicio** y a ordenar su pago tanto al contratista como al garante. Para este evento el acto administrativo constituye el siniestro en las garantías otorgadas mediante póliza de seguro...*

*En los demás casos de incumplimiento, una vez agotado el debido proceso y garantizados los derechos de defensa y contradicción del contratista y de su garante proferirá el acto administrativo correspondiente en el cual declarará el incumplimiento, **procederá a cuantificar el monto de la pérdida** o a hacer efectiva la cláusula penal, si ella está pactada y a ordenar su pago tanto al contratista como al garante. Para este evento el acto administrativo constituye la reclamación en las garantías otorgadas mediante póliza de seguro (énfasis fuera del texto original)*

En consideración de este texto, como se anticipó, la segunda tesis es la acertada; porque como ya se ha dicho el propósito de las excepciones es garantizar el éxito de los proyectos y el hecho de que las entidades deban cuantificar los perjuicios hasta el acto administrativo de liquidación o hasta que el juez determine el monto del perjuicio, haría nugatorio la posibilidad de fondar el proyecto para las entidades. Más allá de que, en la actualidad, tenga fundamento legal.

5. Del régimen entre particulares ante la ocurrencia del riesgo amparado por el contrato privado de seguro

Como ya se indicó en un par de ocasiones, en la legislación comercial colombiana el siniestro se ha definido como “la realización del riesgo asegurado”, esto es, exclusivamente una situación fáctica. Una vez ocurra el siniestro la Ley establece, por medio del art.1075 del CCo., que el asegurado debe dar noticia de la ocurrencia del siniestro a la aseguradora dentro de los tres días siguientes a la fecha en que lo conoció o debió conocerlo. El propósito de este aviso es que la aseguradora puede verificar casi inmediatamente las circunstancias en que acaeció el riesgo asegurado.

En caso que no se realice el aviso de siniestro, la compañía aseguradora podrá exigir al asegurado los perjuicios que se deriven de la demora en la entrega de la información del siniestro.

Posterior al aviso de siniestro, según lo dispone el art. 1077 del estatuto comercial, corresponde al asegurado formular la reclamación que, a diferencia del aviso de siniestro, requiere probar la ocurrencia del mismo y la envergadura del perjuicio. La reclamación es un acto contractual de vital importancia pues con él se inicia el término para que la compañía aseguradora indemnice el monto del perjuicio o, en su defecto, objete la reclamación del asegurado.

En lo que corresponde a la objeción, es la manifestación seria, fundada y razonada por medio de la cual la compañía aseguradora manifiesta los argumentos que la eximen del pago del siniestro, la cual se debe emitir dentro del mes siguiente a la presentación de la reclamación. Frente a la naturaleza de la objeción Efrén Ossa ha manifestado:

La objeción que puede hacer el asegurador a la reclamación del asegurado o beneficiario debe ser seria y fundada, como quiera que obstaculice el nacimiento de la acción ejecutiva contra el asegurado

dejando a salvo, como el lógico, la acción ordinaria para el asegurado o beneficiario. El silencio en cambio, real o virtual (revista de seriedad), le abre cauce al proceso de ejecución con todas sus consecuencias legales.

Objeciones serias, para mencionar algunos ejemplos, serian la de que la póliza es un documento apócrifo o aparece adulterado en sus condiciones particulares, la de que el contrato no tuvo existencia jurídica por falta de interés asegurable, la de que había terminado con anterioridad al siniestro, por mora en el pago de la prima o por falta de aviso en agravación del estado del riesgo o por infracción de una de sus garantías, o la de que está viciado de nulidad relativa por inexactitud o reticencia del tomador, o la de que no aparece probado el siniestro porque la prueba aducida con la reclamación es inconducente, o porque, consecuencia de un riesgo excluido, desborda el contenido contractual del seguro, o la de que no ha demostrado la magnitud del daño, porque los documentos son falsos, revelan adulteraciones o no son idóneos, o la de que, incurso en alguna de las infracciones sobrevivientes al siniestro, el asegurado ha perdido el derecho a la prestación asegurada

Como se colige de lo expuesto, el régimen en el derecho privado es sustancialmente distinto; porque según la normativa las entidades estatales no tienen las obligaciones de dar aviso de siniestro ni realizar reclamación, salvo el caso que prevé el reglamento para declaratorias de incumplimiento que no impliquen caducidad del contrato o imposición de multa. Aquello, a su vez, impide que la aseguradora pueda esgrimir exclusiones del pago del siniestro. Sin embargo, es pertinente resaltar que la aseguradora puede exponer sus argumentos en el curso del procedimiento administrativo que busca declarar la caducidad o imponer las multas y que hace las veces de siniestro, así como presentar el recurso de reposición y la demanda de controversias contractual, que *per se* no suspende los

efectos del acto, para ello -en la actuación judicial- debe obtener la respectiva medida cautelar.

Por último, existe un factor sustancial diferencial entre el siniestro en el derecho privado y en la contratación estatal: la efectividad. Como se vio, en el derecho privado, en caso de que la aseguradora no responda a la reclamación del beneficiario dentro del mes siguiente al conocimiento de esta, estará sujeta a ser sometida judicialmente por el asegurado.

Por el contrario, por regla general, en la contratación estatal la entidad asegurada no avisa ni reclama, y puede hacer ejercicio de la ejecución, una vez adquiera firmeza el acto administrativo que haga las veces del siniestro y, como se verá más adelante, en un par de eventos podrá hacer uso del procedimiento de cobro coactivo.

6. Procedimiento administrativo para declarar siniestro: protección del interés general y de los derechos del contratista

Como se ha visto, según los reglamentos de la L.1150/07, los actos administrativos que declaran la caducidad y que imponen multas al contratista hacen las veces del siniestro. Por ello, el procedimiento administrativo que se utilizaba para la declaración del siniestro era, según el caso, el que se estableciera para la expedición de cada acto administrativo.

De manera reciente la L.1474/11 creó un procedimiento especial para la imposiciones de multas, sanciones y declaratorias de incumplimiento. El art. 86 de la citada Ley establece lo siguiente:

Las entidades sometidas al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública podrán declarar el incumplimiento, cuantificando los perjuicios del mismo, imponer las multas y sanciones pactadas en el contrato, y hacer efectiva la cláusula penal. Para tal efecto observarán el siguiente procedimiento:

a) Evidenciado un posible incumplimiento de las obligaciones a cargo del contratista, la entidad pública lo citará a audiencia para debatir lo ocurrido. En la citación, hará mención expresa y detallada de los hechos que la soportan, acompañando el informe de interventoría o de supervisión en el que se sustente la actuación y enunciará las normas o cláusulas posiblemente violadas y las consecuencias que podrían derivarse para el contratista en desarrollo de la actuación. En la misma se establecerá el lugar, fecha y hora para la realización de la audiencia, la que podrá tener lugar a la mayor brevedad posible, atendida la naturaleza del contrato y la periodicidad establecida para el cumplimiento de las obligaciones contractuales. En el evento en que la garantía de cumplimiento consista en póliza de seguros, el garante será citado de la misma manera;

b) En desarrollo de la audiencia, el jefe de la entidad o su delegado, presentará las circunstancias de hecho que motivan la actuación, enunciará las posibles normas o cláusulas posiblemente violadas y las consecuencias que podrían derivarse para el contratista en desarrollo de la actuación. Acto seguido se concederá el uso de la palabra al representante legal del contratista o a quien lo represente, y al garante, para que presenten sus descargos, en desarrollo de lo cual podrá rendir las explicaciones del caso, aportar pruebas y controvertir las presentadas por la entidad;

c) Hecho lo precedente, mediante resolución motivada en la que se consigne lo ocurrido en desarrollo de la audiencia y la cual se entenderá notificada en dicho acto público, la entidad procederá a decidir sobre la imposición o no de la multa, sanción o declaratoria de incumplimiento. Contra la decisión así proferida sólo procede el recurso de reposición que se interpondrá, sustentará y decidirá en

la misma audiencia. La decisión sobre el recurso se entenderá notificada en la misma audiencia;

d) En cualquier momento del desarrollo de la audiencia, el jefe de la entidad o su delegado, podrá suspender la audiencia cuando de oficio o a petición de parte, ello resulte en su criterio necesario para allegar o practicar pruebas que estime conducentes y pertinentes, o cuando por cualquier otra razón debidamente sustentada, ello resulte necesario para el correcto desarrollo de la actuación administrativa. En todo caso, al adoptar la decisión, se señalará fecha y hora para reanudar la audiencia.

La entidad podrá dar por terminado el procedimiento en cualquier momento, si por algún medio tiene conocimiento de la cesación de situación de incumplimiento.

Como se infiere de la lectura de la norma en cita, el legislador en 2011 desarrolló de forma específica el procedimiento administrativo para la imposición de multas, declaratorias de incumplimiento y otras sanciones contractuales. Igualmente, debe acudir al CPACA en los aspectos no regulados en ese procedimiento y tendrá que armonizarse la interpretación de las dos regulaciones procedimentales con los principios del art. 3 del mismo Código.

6.1. Vinculación a la compañía aseguradora

El procedimiento para la imposición de multas, sanciones o declaratorias de incumplimiento señala que si el contrato en el que se pactaron las multas o la cláusula penal pecuniaria, u otras sanciones, está garantizado con un seguro de cumplimiento; debe vincularse a ese procedimiento tanto al contratista como a la compañía aseguradora.

Esta disposición de la L.1474 implica una novedad frente al método que se utilizaba frecuentemente para aplicación de este tipo de sanciones. Antes de la expedición del “estatuto anticorrupción” las entidades solo notificaban el acto administrativo a la compañía aseguradora, sin vincularla a la actuación administrativa, aunque la CPol. y, en su momento, el CCA les obligaba a ello.

Ahora bien, huelga precisar que la actuación administrativa perderá fundamento u objeto cuando los hechos que soportan el incumplimiento parcial desaparezcan sin importar en qué estado se encuentre el procedimiento administrativo, antes de la firmeza de la decisión.

La precisión anterior también permite contextualizar al lector respecto a la extensión temporal de este procedimiento; pues como denota la expresión “en cualquier momento” el procedimiento puede extenderse hasta después de la terminación y liquidación del contrato.

6.2. *Impugnación en sede administrativa*

Una vez la administración haya adoptado la decisión y la haya notificado en debida forma (por estrado), al contratista y la compañía aseguradora, aquel acto podrá ser impugnado a través del recurso de reposición. Sobre el cual se decidirá, de ser posible, en la misma audiencia.

Frente al recurso que procede contra la imposición de sanciones o declaratorias de incumplimiento debe realizarse la misma precisión con relación al procedimiento administrativo. Es decir, que en caso de que junto con la impugnación de la decisión el contratista o la aseguradora soliciten la práctica de pruebas; el recurso no se resolverá en un solo momento en el tiempo y, por ello, la firmeza del acto administrativo podría permitir la desaparición de los supuestos de hecho que fundan la actuación.

Si bien la norma en comento señala expresamente que solo procede el recurso de reposición. Cabe recordar que, desde la L.80/93, art. 77, *“los actos administrativos que se produzcan con motivo u ocasión de la actividad contractual sólo serán susceptibles de recurso de reposición”*.

6.3. Impugnación Judicial

Una vez en firme el acto administrativo que declara e incumplimiento, impone la multa o sanción; el contratista o la aseguradora podrán impugnar la validez de dicho acto por vicios en sus elementos de licitud. De dicha controversia, tal como lo establece el art. 141 del CPACA y el 77 del EGCAP, conocerá la jurisdicción contencioso administrativo por el medio de control de controversias contractuales.

7. Ejecución o cobro coactivo como consecuencia de la declaración del siniestro por incumplimiento del contratista

En lo que corresponde al cobro de la indemnización garantizada a través del contrato de seguro de cumplimiento, la discusión no ha sido pacífica. Así, en vigencia del D.222/83, las entidades estaban facultadas por el art. 68 del CCA para formar un título ejecutivo por jurisdicción coactiva que se integraría con: *“Los contratos, las pólizas de seguro y las demás garantías que otorguen los contratistas a favor de entidades públicas (...) con el acto administrativo de liquidación final del contrato, o con la resolución ejecutoriada que decrete la caducidad, o la terminación según el caso”*.

Con la entrada en vigencia de la L.80 de 1993, se implantó una suerte de conflicto de *jurisdicciones*; puesto que, de un lado, el art. 75 de ese estatuto de contratación estatal dispuso que *“el juez competente para conocer de las controversias derivadas de los contratos estatales y de los procesos de ejecución o cumplimiento será el de la jurisdicción contencioso administrativo”*. De otra parte, el art. 68 del CCA

mantenía vigente la posibilidad de ejecución de estas deudas por *Jurisdicción Coactiva*.

Como se ve, aparentemente existían dos *jurisdicciones* para llevar adelante la ejecución o cobro de la obligación de indemnizar, propia de un contrato de seguro de cumplimiento: la jurisdicción contencioso administrativa y la jurisdicción coactiva.

Sin embargo, esta pugna es solo aparente⁴⁰⁶, pues como se verá más adelante la jurisdicción coactiva no es en realidad un ejercicio de atribuciones jurisdiccionales de las entidades administrativas, sino que es una facultad puramente administrativa, inherente a la función estatal.

7.1. *Jurisdicción coactiva*

Como se dijo la jurisdicción coactiva, actualmente, es una potestad administrativa y no el ejercicio de funciones judiciales. Empero, ello no fue siempre así.

En la década de los 70, el D.1400 -CPC- en el capítulo VIII estableció el procedimiento para que las entidades públicas cobraran deudas fiscales. Dicho procedimiento se guiaba por las reglas de los procesos judiciales de mínima, menor y mayor cuantía.

De aquella disposición surgía el nombre de jurisdicción coactiva. Toda vez que los funcionarios de la administración que fueran investidos por la Ley con la atribución

⁴⁰⁶ Sin embargo, el CE ha estimado todo lo contrario, que la entidad pública, en el régimen contractual, no está facultada para el cobro directo de sus acreencias: “Significa entonces que la Administración no obstante haber sido despojada de la potestad de adelantar, en contra de sus contratistas, el cobro ejecutivo mediante el procedimiento de la jurisdicción coactiva -puesto que el artículo 75 citado lo atribuyó al juez de lo Contencioso Administrativo, mediante el proceso ejecutivo...”, SCA, Secc. 3ra, S 22/04/09, Rad. 19001-23-31-000-1994-09004-01(14667)



de ejecutar créditos se consideró estaban ejerciendo una función eminentemente judicial.

Posteriormente, con la expedición del CCA se reiteró lo que señalaba el art. 562 del CPC: que algunos actos administrativos que fueran claros expresos y exigibles prestaban mérito ejecutivo por jurisdicción coactiva. En lo que corresponde al procedimiento para el cobro, el art. 252 del CCA remitía al Código de Procedimiento Civil.

Como se ve, en aquel contexto la jurisdicción coactiva era tratada como un procedimiento materialmente judicial llevado a cabo por funcionarios pertenecientes orgánicamente a la rama ejecutiva del poder público u órganos administrativos autónomos.

No obstante, con la expedición del Estatuto Tributario (D.624/89) se modificó sustancialmente la concepción de la figura de la jurisdicción coactiva. Aquel Decreto Ley, en el Título VIII, designó que para el cobro coactivo de las deudas fiscales por concepto de impuestos, anticipos, retenciones, intereses y sanciones, de competencia de la Dirección General de Impuestos Nacionales (hoy Unidad Administrativa Especial) se seguiría un procedimiento administrativo y ya no uno jurisdiccional como lo señalaba el CPC.

Entonces, en aquel momento, se había instaurado dos procedimientos para el cobro de las deudas fiscales: i) un procedimiento administrativo especial para el cobro de impuestos nacionales y; ii) un procedimiento general, de carácter judicial, para los demás cobros de deudas fiscales.

Ya en vigencia de la CPol. de 1991, la L.6/92, por medio del art. 112, extendió aquella atribución administración de cobro coactivo a todas las entidades públicas del orden nacional, refiriéndose a ella como *jurisdicción coactiva*. Lo que contribuyó a la confusión en la discusión sobre la naturaleza de la jurisdicción coactiva.

Con lo anterior, en el plano normativo, se tenía que todas las entidades del orden nacional hacían uso de una potestad administrativa y las entidades descentralizadas territorialmente ejercían funciones judiciales para ejecutar las obligaciones claras, expresas y exigibles en su favor.

Empero, la jurisprudencia, por ejemplo la constitucional, ha señalado que *“la denominada ‘jurisdicción coactiva’, es decir, la facultad para definir situaciones jurídicas sin necesidad de acudir a la acción judicial (autotutela ejecutiva), se enmarca dentro de la órbita de la función administrativa cuyo objetivo es lograr el cumplimiento de una obligación tributaria en sede administrativa”*⁴⁰⁷.

De manera más reciente, con la expedición del CPACA, se adoptó la expresión procedimiento de cobro coactivo para significar lo que, de antaño, la multiplicidad de normas denominaron jurisdicción coactiva. Por lo anterior, en la actualidad todas las entidades estatales, sin importar si son o no descentralizadas territorialmente, pueden cobrar sus créditos directamente, sin perjuicio que a bien tengan acudir a la jurisdicción.

7.2. La *jurisdicción* coactiva y el cobro de obligaciones derivadas de un contrato estatal

En vigencia de la L.80/93, las entidades podían ejecutar a través del procedimiento administrativo de cobro coactivo, en aquel momento llamado de jurisdicción coactiva, tal como lo establecía, según se dijo, el art. 68 del CCA⁴⁰⁸.

La jurisprudencia fue clara en señalar que todas las entidades estatales, sin importar si a ellas les aplica el estatuto general de contratación o las normas de derecho privado, podían hacer uso de esta facultad; puesto que la una norma con fuerza de Ley les había otorgado esa competencia de manera expresa.

⁴⁰⁷ CCC, S C-649/02.

⁴⁰⁸ CE, SCA, Secc. 3ra, Sub. B, S 12/10/11, Rad. 25000-23-26-000-1995-0155501(20070)



Ahora bien, en los años siguientes a la promulgación de la L.80/93 era claro que si una entidad contratante optaba por declarar la caducidad de un contrato podría acudir al procedimiento de cobro coactivo. Puesto que, tenía una facultad expresa para declarar el siniestro y liquidar el contrato. De esa forma podría constituir un título claro, expreso y exigible.

Sin embargo, la situación no era tan clara en los demás incumplimientos en los que pudiera incurrir un contratista, porque las entidades no tenían expresamente la facultad de declarar un incumplimiento y, de suyo, que no se configuraba el siniestro. Razón por la cual, ningún proyecto de título ejecutivo que se tratase de extraer de un seguro de cumplimiento carecería de los elementos que caracterizan los títulos de ejecución: claridad y exigibilidad.

Con el propósito de dotar de mayor efectividad al cobro que las entidades estatales realizan sobre las indemnizaciones cubiertas en contratos de seguro cumplimiento tomado a su favor, la L.1150/07 señaló que la entidad podría declararlo y que para el cobro de las multas y cláusula penal la entidad está facultada para compensar créditos entre los contratantes y cobro de la garantía, o a cualquier otro medio para obtener el pago, incluyendo el de la jurisdicción coactiva.

Como se ve, en caso de incumplimiento del contratista, la entidad tendrá que aplicar lexicográficamente las siguientes alternativas: (i) compensar el valor de la indemnización del perjuicio derivado del incumplimiento con débitos que tenga con el contratista, en caso que no se puede realizar la compensación deberá; ii) hacer efectiva la garantía, en caso que esta sea insuficiente para reparar la envergadura del daño deberá acudir a la; iii) otro medio de cobro, como la jurisdicción coactiva, que sería consecuencia del anterior, ante la renuencia del deudor.

7.3. Alternativas de cobro

En ese contexto, actualmente las entidades del Estado disponen de varias herramientas para hacer efectivo el contrato de seguro de cumplimiento que un contratista toma a su favor. En primer lugar, podrá directamente reclamar a la aseguradora que ejecute la obligación condicional a la que se obligó en el contrato de seguro, en firme el correspondiente acto administrativo.

En segundo lugar, la entidad podrá exigir judicialmente a la aseguradora el cumplimiento del contrato de seguro ante la jurisdicción contencioso administrativa, a través del medio de control de controversias contractuales y un proceso declarativo, cuando el incumplimiento no conlleve la caducidad del contrato ni la imposición de multas. En este escenario, como requisito mínimo para que prospere la pretensión de la entidad, ésta debió declarar el incumplimiento a través de acto administrativo y luego reclamar a la compañía aseguradora.

En tercer lugar, la entidad podrá acudir a la jurisdicción contencioso administrativa a ejecutar el monto de la indemnización a la aseguradora en un proceso ejecutivo. En este escenario, de nuevo, el insumo mínimo será que la entidad haya declarado el siniestro por medio de un acto administrativo. Adicionalmente, tendrá que haber cuantificado el perjuicio y, con todo, tendrá que cerciorarse de que el título que pretende formar sea claro, cierto y se haga exigible.

Por último, la entidad podrá, con los mismos requisitos de formación del título ejecutivo que operan en la anterior alternativa, cobrar la indemnización de perjuicios (sin acudir a la jurisdicción) a través del procedimiento administrativo de cobro coactivo en contra de la aseguradora.

Corolario

Queda claro que, al mantener el Estado sus prerrogativas cuando celebra con un particular un contrato y con ocasión de éste, no se vulneran -por esa sola circunstancia, ni por su ejercicio debido- los derechos del contratista que, según la



convicción de la entidad contratante, incumplió obligaciones que derivan del acuerdo, con el que se pretende cumplir los cometidos estatales. Tampoco se desconoce el derecho del juez natural, porque la decisión administrativa no hace tránsito a cosa juzgada y podrá cuestionarse, en sede administrativa y judicial.

CONCLUSIONES

“El interés general ha sido capaz de plasmarse en objetivos de la índole más variada”

Luciano PAREJO ALFONSO⁴⁰⁹

La declaración de siniestros en el régimen colombiano de la contratación pública, indujo a investigar, no sólo por su propia naturaleza, atributos y otras condiciones, sino -además y de forma sistemática- por la categoría de la cual surge esa manifestación administrativa, esto es, el actualmente denominado contrato estatal regulado por el EGCAP, su concepción, tipologías y -entre otros tópicos- su clausulado, con el objeto de ubicar el régimen de las garantías sobre los riesgos, el cual se presenta como transversal a la actividad o gestión contractual de las entidades públicas y, en consecuencia, permitió relacionarlo con aspectos que emanan de la formación, celebración, ejecución, terminación y liquidación del acuerdo de voluntades, así como con aquellas vicisitudes que pueden surgir -incluso- con posterioridad a la referida liquidación, aunque las partes se hayan declarado a paz y salvo por todo concepto existente y observado a la fecha en que se adopta esa determinación.

Al auscultar por el fundamento de tales garantías o coberturas en la contratación pública, se precisa que se relaciona con el éxito del proyecto estatal que se desarrolla con el contrato y que éste -sin importar el contenido específico de su objeto- persigue la satisfacción de necesidades (colectivas o individuales, públicas o privadas), que deben redundar, a su vez, en la realización del interés general. Así que, tanto el contrato del Estado como sus garantías (y su efectividad), se instituyen

⁴⁰⁹ PAREJO ALFONSO, Luciano, *Eficacia y Administración. Tres Estudios*, Instituto Nacional de Administración Pública, Madrid, 1995, p. 62.

como algunos de los medios (herramientas o instrumentos)⁴¹⁰ para el cumplimiento de los fines esenciales que se fija el propio Estado⁴¹¹. De allí que, sin hesitación alguna, la contratación pública se ubique en el ejercicio de la función administrativa⁴¹², toda vez que, con ella, se facilita la satisfacción de los intereses generales⁴¹³. Este aserto (soportado en el entorno constitucional) se ratifica con las normas con fuerza de ley, por cuanto, esta actividad de las entidades públicas se somete, entre otros, a los postulados de esa función administrativa⁴¹⁴ e, inclusive,

⁴¹⁰ CCC, S C-713/09.

⁴¹¹ CPol., art. 2: *“Son fines esenciales del Estado: servir a la comunidad, promover la prosperidad general y garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución; facilitar la participación de todos en las decisiones que los afectan y en la vida económica, política, administrativa y cultural de la Nación; defender la independencia nacional, mantener la integridad territorial y asegurar la convivencia pacífica y la vigencia de un orden justo...”*.

⁴¹² Para DROMI, la función administrativa *“es un conjunto de actividades encaminadas hacia un fin, con prescindencia del órgano o agente que la realice y que se traduce en una ejecución concreta y práctica”*. Derecho Administrativo, Ediciones Ciudad Argentina, Buenos Aires, 1997, p. 130.

⁴¹³ *Ibidem*, art. 209: *“La función administrativa está al servicio de los intereses generales y se desarrolla con fundamento en los principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad, mediante la descentralización, la delegación y la desconcentración de funciones.*

Las autoridades administrativas deben coordinar sus actuaciones para el adecuado cumplimiento de los fines del Estado...”.

⁴¹⁴ L.80/93, art. 23: *“De los principios de las actuaciones contractuales de las entidades estatales. Las actuaciones de quienes intervengan en la contratación estatal se desarrollarán con arreglo a los principios de transparencia, economía y responsabilidad y de conformidad con los postulados que rigen la función administrativa. Igualmente, se aplicarán en las mismas las normas que regulan la conducta de los servidores públicos, las reglas de interpretación de la contratación, los principios generales del derecho y los particulares del derecho administrativo”*.

en el régimen exceptuado, debe estar gobernada por sus correspondientes principios⁴¹⁵.

En ese orden, como lo reconoce el maestro Luciano Parejo Alfonso: *“...la Administración es la única pieza del Estado-poder, es el único sujeto público que, teniendo una presencia permanente en el proceso (dinámico) de gestión de los asuntos públicos, se caracteriza constitucionalmente por el aseguramiento de la satisfacción del interés general como obligación de resultado”*⁴¹⁶. Para ello entonces, acude a la celebración de contratos con particulares u otros sujetos de derecho público: *“La administración pública no cumple sus fines propios exclusivamente mediante su propia actividad, sino recurriendo también en diversas formas a la de los sujetos ordinarios del derecho. En particular contrata con estos sujetos, bien para obtener medios materiales o servicios, con los que desarrollar su propia actividad (obras, compras, suministros, asistencia técnica), o bien para desarrollar servicios públicos (gestión de éstos, concesiones de obras), pero también para asociar sujetos privados a la actividad propia (conciertos) o como resultado de la regulación y programación de actividades (convenios). Desde este*

⁴¹⁵ L.1150/07, art. 13: *“Principios generales de la actividad contractual para entidades no sometidas al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública. Las entidades estatales que por disposición legal cuenten con un régimen contractual excepcional al del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, aplicarán en desarrollo de su actividad contractual, acorde con su régimen legal especial, los principios de la función administrativa y de la gestión fiscal de que tratan los artículos 209 y 267 de la Constitución Política, respectivamente según sea el caso y estarán sometidas al régimen de inhabilidades e incompatibilidades previsto legalmente para la contratación estatal”*.

⁴¹⁶ PAREJO ALFONSO, Luciano, *Estudio Preliminar: Interés público como criterio de control de la actividad administrativa*, en MARÍN HERNÁNDEZ, Hugo Alberto, *Discrecionalidad Administrativa*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2007, p. 42.

*punto de vista la contratación cumple una función decisiva en la satisfacción del interés general, incorporando a ésta un mecanismo convencional intersubjetivo que posibilita la integración de los particulares en las tareas dirigidas a la referida satisfacción*⁴¹⁷.

Realidad que, desde la perspectiva teórica o abstracta y en términos generales, no se cuestiona por parte de la doctrina y la jurisprudencia constitucional y contencioso-administrativa. Es más, numerosos son los textos que revalidan (de forma expresa o implícita) esa conclusión de la relación estricta: *interés general-función administrativa-contratación pública*. Con todo, paradójicamente, cuando corresponde interpretar y aplicar otras normas jurídicas de orden legal sobre la contratación, en algunas oportunidades, se desatiende (con o sin intención) ese parámetro constitucional (que otorga fundamento normativo⁴¹⁸) y, consecuentemente, se ignora que las entidades contratan para satisfacer el interés general, al considerarse -principalmente- que en el vínculo contractual, por regla, la entidad pública es igual al sujeto de derecho privado y que lo *excepcional*, en esa unión, es el ejercicio de las prerrogativas propias del Estado.

Con este último criterio, expresarán que la exorbitancia se cumple mediante cláusulas *excepcionales* y que, por tanto (por su misma denominación), son de aplicación restrictiva, desatendiendo que son *excepcionales* sólo cuando se comparan con el derecho privado y que, a pesar del empleo de ese vocablo, las potestades son típicas del Estado en sus relaciones con los particulares, incluyendo las contractuales, porque -se itera y sólo por esto- aquél debe satisfacer el interés

⁴¹⁷ PAREJO ALFONSO, Luciano, *El Régimen Jurídico General de la Contratación Pública en España*, en FERNÁNDEZ RUIZ, Jorge y SANTIAGO SÁNCHEZ, Javier (Coords.), *Contratos Administrativos, Culturas y Sistemas Jurídicos Comparados*, UNAM, México, 2007, p. 261.

⁴¹⁸ GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, *La Constitución Como Norma y el Tribunal Constitucional*, Editorial Civitas, Madrid, 1982, p. 50.

general, acudiendo al instrumento del contrato. Siendo consecuente, y sin temor a equívoco, es factible manifestar que las cláusulas y potestades *excepcionales* no son -en el derecho público (análisis interno)- verdaderamente *excepcionales*.

Nótese como, en ese sentido, el art. 22 de la L.1508/12 (sobre APP) se expresa sobre las denominadas cláusulas excepcionales:

“Cláusulas propias de los contratos administrativos. *Los contratos para el desarrollo de proyectos de Asociación Público Privada incluirán las cláusulas excepcionales, **propias de la contratación pública** tales como la de caducidad, terminación unilateral y las demás establecidas en la ley”* (énfasis fuera del texto original)

No obstante, el CE valora que, cuando la L.80/93 no obliga ni faculta al pacto de esas cláusulas o potestades excepcionales, éstas se encuentran prohibidas (en aquellos contratos no aludidos por esa ley), porque *“este tipo de poderes requiere, cuando menos, autorización legal para su inclusión y posterior utilización, debido a la naturaleza que tienen estas prerrogativas -por su carácter extraordinario e inusual, en relación con el derecho común-, y, de otro, porque el legislador es el único que puede disponer competencias para la expedición de actos administrativos en desarrollo de los contratos estatales, actos que, como es sabido, constituyen el mecanismo de ejercicio de las exorbitancias contractuales”*⁴¹⁹. Sustrayendo, entonces, de la mayoría de contratos estatales las herramientas principales para obtener su cumplimiento, es decir, extirpándole al Estado sus prerrogativas ordinarias, como la expedición de actos administrativos.

⁴¹⁹ CE, SCA, Secc. 3ra, S 30/11/06, Rad. 25000-23-26-000-2001-01008-01(30832). Reiterada, entre otras, en CE, SCA, Secc. 3ra, Sub. C, S 13/02/15, Rad. 05001-23-31-000-1996-01171-01 (26938)

Retomando la posición de esta tesis, para ratificarla frente a los anteriores argumentos del CE, debe precisarse que sí existe mandato normativo (por lo demás constitucional) para la inclusión de las catalogadas potestades excepcionales en todos los contratos en los que no existe prohibición expresa del EGCAP, recordando que la manifestación explícita de la ley para habilitar su pacto es redundante, porque no se está frente a una excepción, por lo que resulta extraño vetar al Estado en la expedición de actos administrativos, máxime cuando -por regla⁴²⁰- aquél (cuando celebra un contrato) no se encuentra compitiendo con los particulares y, por tanto, no hay lugar a sustraerle su condición de tal. De esta forma, Allan BREWER-CARÍAS considera:

“La ficción de la teoría del fisco, que consideraba al Estado como persona jurídica (Estado-persona) sometida al derecho privado para distinguirla del Estado-poder, que ejercía el poder público y estaba sometido al derecho público... quedó en la prehistoria del derecho administrativo... Por eso, en definitiva, un contrato de la administración, aun con régimen inicial preponderantemente de derecho privado, podría pasar a ser un “contrato administrativo” y, por tanto, con “régimen preeminentemente de derecho público”, si la administración, por razones de interés general, decide hacer uso de las cláusulas exorbitantes implícitas; razón por la cual la categoría de “contrato administrativo”, en definitiva, es una categoría ex post facto, cuya existencia misma depende de la voluntad de la administración”⁴²¹.

⁴²⁰ Excepciones se encuentran con las EICE y las SEM.

⁴²¹ BREWER-CARÍAS, Allan R., *op. cit.*, pp. 115, 118-119. En el mismo sentido, PAREJO ALFONSO, Luciano, *El Régimen Jurídico General de la Contratación Pública en España*, *op. cit.*, pp. 263-264: “Como quiera que la contratación no puede eximir a la administración de su estatuto constitucional, ha de compatibilizarse necesariamente con las exigencias de éste, lo que se consigue en el régimen jurídico de aquélla mediante la conservación por la administración contratante de determinadas potestades unilaterales susceptibles de ser proyectadas sobre la relación contractual con el objeto de adecuar ésta en todo momento al interés

De este modo, lo que el presente trabajo propone, para el contexto colombiano, es comprender que concurre estricto fundamento normativo (vigente) para:

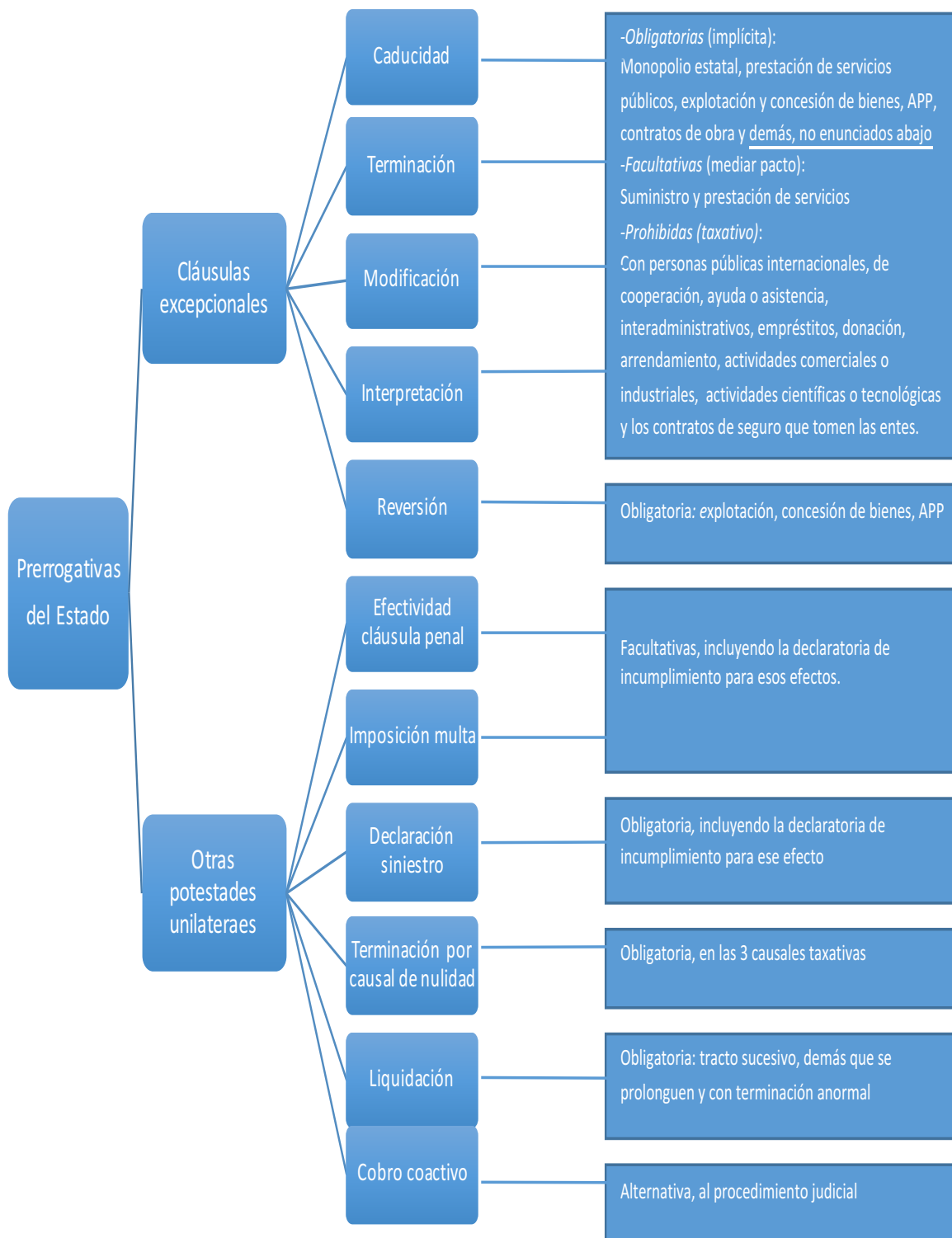
- (i) No distinguir, en su connotación (aunque sí, en su aplicación), las cláusulas excepcionales (como la declaratoria de caducidad del contrato) de las potestades unilaterales (como la declaración de siniestros por incumplimiento), por ser todas prerrogativas del Estado, que se justifican en el interés general;
- (ii) Clasificar, por regla, esas prerrogativas de la naturaleza de los contratos estatales, siendo -por tanto- implícitas a ellos, salvo que exista norma que expresamente determine que son facultativas (donde deberá mediar pacto, como en el contrato de suministro) o que prohíba su estipulación y ejercicio (como en los empréstitos);
- (iii) Advertir que lo antepuesto no depende o está condicionado por el objeto o régimen (prevalencia del derecho público o privado) del contrato estatal (porque todos se relacionan con el interés general) ni por el régimen jurídico de la entidad pública, sino por la naturaleza de ésta y su objeto misional;
- (iv) Reconocer que las excepciones (que no son las cláusulas o potestades excepcionales, sino su ausencia) están dadas, ahora sí y de forma restrictiva, por el objeto específico del acuerdo de voluntades perfeccionado, siempre que el Legislador lo haya establecido explícitamente; y

general... Las potestades unilaterales que la administración siempre está en disposición de proyectar sobre la relación contractual parecen apuntar en dirección distinta a la que es propia de los artículos 1256 y 1278 del Código Civil”.

- (v) Por tanto, interpretar que, cuando el EGCAP guarda silencio al respecto, no implica ausencia de regulación, toda vez que constitucionalmente, en los contratos del Estado, éste no pierde sus potestades unilaterales y que lo contrario debe estar expresamente estipulado, significando que el listado sobre la prohibición de cláusulas excepcionales es meramente enunciativo, no taxativo.

De lo anterior, se tiene que la regla es la presencia de las prerrogativas del Estado (cláusulas excepcionales y demás potestades unilaterales) en sus contratos, permitido por la propia L.80/93, cuando determina que el derecho privado, en este contexto, debe ceder ante el público, constituyéndose aquél en supletorio⁴²². De manera que, sistematizando lo formulado (incluyendo lo analizado en los demás capítulos de esta tesis), se encuentra -con la legislación vigente- el siguiente régimen sobre las prerrogativas del Estado, en su gestión contractual:

⁴²² Art. 13, inc. 1: “*De la Normatividad Aplicable a los Contratos Estatales. Los contratos que celebren las entidades a que se refiere el artículo 2 del presente estatuto se regirán por las disposiciones comerciales y civiles pertinentes, **salvo** en las materias particularmente reguladas en esta Ley*” (énfasis fuera del texto original) Ley que debe interpretarse de forma sistemática (con la CPol.) y finalista (satisfacción del interés general), según lo estudiado.





Corresponde precisar que el régimen descrito en la gráfica no requiere cambio legislativo (sí interpretativo) Aquél sólo es necesario para optimizarlo, por ejemplo, aboliendo la prohibición de las cláusulas excepcionales en el contrato de arrendamiento y permitiendo la declaración de siniestros ante incumplimientos que no conduzcan a la declaratoria de caducidad a la imposición de multas. A su vez, que, en la procedencia específica (no en su connotación: ejercicio de unilateralidad por parte de las entidades públicas), las cláusulas, por un lado, y las demás potestades, por el otro, encuentran regulaciones independientes, que permiten aseverar que, donde las primeras están proscritas, no necesariamente es así con las segundas (para ello debe existir manifestación específica y expresa) Por ejemplo, aunque la terminación por declaratoria de caducidad del contrato esté prohibida en los que tengan por objeto el desarrollo de actividades científicas y tecnológicas, en ellos procede la terminación por causal de nulidad absoluta. Sería contrario a las normas superiores considerar que, pesar de haberse celebrado contra expresa prohibición constitucional, la entidad tenga vedado (garantizando el debido proceso) impedir su ejecución. Asimismo, se presenta como incongruente (desde la perspectiva jurídica) que, en ese mismo contrato, a pesar de que se haya tomado garantía mediante póliza de seguro, se prohíba la declaratoria del incumplimiento y del siniestro, cuando se ha pactado la imposición de multas. En estos eventos, a diferencia de la cláusula excepcional, no existe exclusión expresa para hacer ejercicio de esas prerrogativas.

También debe significarse que, en contraste con las cláusulas excepcionales, las demás potestades, en lo que se refiere al pacto del cual derivan, no - necesariamente- implican una excepcionalidad, al tener como referente el derecho privado. En esa comparación, lo excepcional es la efectividad. Así, la cláusula de multas no es ajena al régimen entre particulares, lo extraño allí es que uno de los co-contratantes, de manera unilateral, la imponga al otro. Cuando se estipula en el contrato estatal, en este ámbito de la actuación de las entidades públicas, su ejercicio deja de ser extraño, para corresponder a lo típico, sin que ello implique

desconocer la presencia de lo exorbitante (que no es arbitrariedad) Tampoco es exótico a ese derecho privado que se pacten garantías, lo diferente -pero con fundamento constitucional y legal- es que una de las partes del contrato estatal (la entidad, que no suscribió el de seguro) declare el siniestro y ordene hacer efectiva la respectiva póliza.

Con todo lo expresado, no se pretende defender el ejercicio, *per se*, de los poderes del Estado. Se respalda la protección y satisfacción del interés general. A su vez, al propugnar por la conservación (en la generalidad de los eventos) de las prerrogativas de los entes públicos cuando integran un contrato, tampoco se intenta apoyar el desconocimiento de los derechos (fundamentales, patrimoniales o de cualquier otra entidad) del contratista y su garante, toda vez que no se aboga por el ejercicio, sin fundamento, de la unilateralidad. Se tiene como presupuesto la actuación de buena fe⁴²³ de las partes del contrato estatal, principalmente, de la

⁴²³ CPol., art. 83. *“Las actuaciones de los particulares y de las autoridades públicas deberán ceñirse a los postulados de la buena fe, la cual se presumirá en todas las gestiones que aquellos adelanten ante éstas”.*

L.80/93, art. 5, num.2. *“Para la realización de los fines de que trata el artículo 3o. de esta Ley, los contratistas... Colaborarán con las entidades contratantes en lo que sea necesario para que el objeto contratado se cumpla y que éste sea de la mejor calidad; acatarán las órdenes que durante el desarrollo del contrato ellas les impartan y, de manera general, obrarán con lealtad y buena fe en las distintas etapas contractuales, evitando las dilaciones y entramamiento que pudieran presentarse”.*

Ibidem, art. 28. *“En la interpretación de las normas sobre contratos estatales, relativas a procedimientos de selección y escogencia de contratistas y en la de la cláusula y estipulaciones de los contratos, se tendrá en consideración los fines y los principios de que trata esta ley, los mandatos de la buena fe y la igualdad y equilibrio entre prestaciones y derechos que caracteriza a los contratos conmutativos”.*

CCv. art. 1603. *“Los contratos deben ejecutarse de buena fe, y por consiguiente obligan no solo a lo que en ellos se expresa, sino a todas las cosas que emanan precisamente de la naturaleza de la obligación, o que por ley pertenecen a ella”.*

entidad como contratante y del particular como contratista. Recuérdese, por lo demás, que las decisiones de las autoridades en ejercicio de función administrativa (donde se suma la actividad contractual) no hacen tránsito a cosa juzgada, sin perjuicio de la estabilidad o irrevocabilidad⁴²⁴; pero sí -cuando se adoptan con certeza- permiten no sólo la operatividad de esa función, sino –precisamente- la eficacia en la prestación de servicios y, en últimas (pero no menos trascendental) la satisfacción del -tantas veces invocado- interés general⁴²⁵.

Con esta nueva percepción (en comparación con la jurisprudencia actual y la doctrina tradicional en Colombia) sobre el contrato estatal, y predicándola -de manera puntual- en la declaración de siniestros, se tiene que este régimen particular deja de ser inconcluso, porque encuentra explícitamente el auténtico fundamento para su ejercicio que, a su vez, le otorga coherencia y permite sistematizarlo, como -en efecto- se hizo en los capítulos de esta tesis. Ese análisis dogmático faculta, igualmente, a reorientar otras instituciones de la contratación pública, por cuanto las garantías (donde se inscribe el asunto de los siniestros), con múltiples facetas, se manifiestan en todas las etapas de esta gestión de las entidades públicas. De manera particular, se puede ratificar:

CCo. art. 871. *“Los contratos deberán celebrarse y ejecutarse de buena fe y, en consecuencia, obligarán no sólo a lo pactado expresamente en ellos, sino a todo lo que corresponda a la naturaleza de los mismos, según la ley, la costumbre o la equidad natural”*.

⁴²⁴ GORDILLO, Agustín, *Tratado de Derecho Administrativo*. Tomo III: El Acto Administrativo, Fundación de Derecho Administrativo, Buenos Aires, 2011, pp. VI-3-VI-4.

⁴²⁵ LÓPEZ PINA, Antonio, *La Autonomía Privada y los Derechos Fundamentales: Los Intereses Generales, Mandato Constitucional*, en *Teoría y Realidad Constitucional*, N. 20, UNAM, 2007, pp. 145-173.



- (i) Que el régimen general sobre las garantías en la contratación pública colombiana se presenta *-prima facie-* como pacífico. Sin embargo, cuando se pretende comprender, de manera holista, su implicación en esta actividad del Estado, se encuentran serias dificultades, como la incidencia de un contrato celebrado exclusivamente entre particulares.
- (ii) Que la garantía, como cláusula del contrato estatal adopta la característica de ordinaria; de la naturaleza; obligatoria (por regla -donde será implícita, ante silencio de las partes-, en los demás casos facultativa, nunca prohibida), excepcional en su efectividad, que será la regla. Y su aprobación constituye requisito de ejecución del respectivo contrato.
- (iii) Que, en su aplicación, debe acurdirse tanto al derecho privado como público, prevaleciendo -en todo caso- éste. De allí que, para hacer efectiva la póliza, el procedimiento (en términos generales) difiera del instituido para los particulares, en el que intervendrán las potestades unilaterales de las entidades públicas.
- (iv) Que, al conservar el Estado sus prerrogativas, como la declaración del siniestro, no se vulneran -por esa sola circunstancia, ni por su ejercicio debido- los derechos del contratista que, según la convicción de la entidad contratante, incumplió obligaciones que derivan del acuerdo, con el que se pretende cumplir los cometidos estatales.
- (v) Que la facultad de declarar unilateralmente el siniestro, por incumplimiento del contratista, conlleva -para que sea efectivo y nuevamente satisfacer el interés general- otras potestades que la entidad pública debe acometer, como la cuantificación del perjuicio y el cobro coactivo.

- (vi) Que nos es factible extenderle la prohibición del art. 14 de la L.80/93⁴²⁶, referida a las cláusulas excepcionales, cuando la cláusula de garantías es obligatoria o la partes del contrato estatal, siendo facultativa, deciden pactarla y la cobertura que se adopta es la póliza de seguros.

Todo lo expuesto, permite ratificar (*mutatis mutandis*) lo que, en otra oprotunidad⁴²⁷, he considerado sobre la interpretación y aplicación del derecho. En efecto, la interpretación del derecho es necesaria jurídica y moralmente, toda vez que ella es un fundamento de la certeza o seguridad jurídica, la cual es “*una expectativa jurídica primaria de los miembros de la sociedad*”⁴²⁸. No obstante, para que tal certeza exista se deben dar dos presupuestos, al momento de la interpretación y aplicación o adjudicación de las normas jurídicas por parte de los operadores jurídicos, ya sean autoridades judiciales o administrativas: que en el razonamiento jurídico no se presenten arbitrariedades y que las decisiones tomadas sean apropiadas, esto es, que estén de acuerdo no solamente con el derecho formal, sino además con el derecho material⁴²⁹.

Así, una de las características de la seguridad jurídica -además del pleno ejercicio de los derechos y la exigencia del cumplimiento de las obligaciones- es la correcta aplicación de las normas jurídicas por los órganos del poder público⁴³⁰. La

⁴²⁶ Habrá que valorar, en todo caso, que la mayoría de los eventos prohibitivos de esa norma jurídica coincide con causales de contratación directa y, en esta, el reglamento no obliga a pactar la cláusula de garantías.

⁴²⁷ COHECHA LEÓN, César Antonio, *Derecho Administrativo Aduanero*, Grupo Editorial Ibáñez, Bogotá, 2008, pp. 117-122.

⁴²⁸ AARNIO, Aulis, *La Tesis de la Única Respuesta Correcta y el Principio Regulatorio del Razonamiento Jurídico*, en Revista Doxa, No. 8, España, 1990, p. 25.

⁴²⁹ *Ibidem*, p. 26.

⁴³⁰ GARCÍA MÁYNEZ, Eduardo, *Filosofía del Derecho*, Editorial Porrúa, México, 2004, p 478.

estabilidad jurídica, entonces, está estrechamente ligada con la legitimidad. Si hay certeza jurídica, esto es, si el razonamiento jurídico es imparcial y apropiado, habrá más confianza social en las decisiones tomadas por los entes públicos. Existirá, por lo tanto, aceptación por parte de la sociedad⁴³¹.

Pero ello no se obtiene de cualquier forma. Es necesario justificar las decisiones, emplear argumentos o razones adecuadas para llegar a esas disposiciones. Es ahí donde la interpretación de las normas jurídicas adquiere relevancia, ya que el derecho, a diferencia de lo considerado por Austin, no es un producto acabado, no contiene la solución clara y precisa en todos los casos⁴³², y el operador del derecho no es un simple descriptor del mismo, es decir, alguien que no influye en su producción y que solamente se limita a explicarlo.

En este orden de ideas, se hace ineludible interpretar el derecho de una manera más profunda, pues el texto de la norma por sí solo no dice mayor cosa. Detrás de él hay numerosas posibilidades que deben estudiarse y surgen también muchas inquietudes en cuanto a cuál de ellas escogerse. En otros términos, el derecho no tiene una única respuesta correcta para cada caso, pero sí unas mejores que otras⁴³³. Se deben, en este sentido, emplear argumentos y razones para justificar la decisión, para que sea la más apropiada. Pero no basta con cualquier argumentación, sino con una que responda a los fines perseguidos por el Estado Social y Democrático de Derecho, que se reflejan en la CPol., en sus lineamientos o principios.

Para adoptar esa decisión apropiada, se deben respetar, para hacer efectivo así el derecho material, los principios generales que informan el sistema jurídico, que le

⁴³¹ AARNIO, Aulis, *op. cit.*, p. 26.

⁴³² Ver HART, H.L.A, *El Concepto de Derecho*, Editorial Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2004, pp.155-191 y KELSEN, Hans, *op. cit.*, pp. 349-356.

⁴³³ AARNIO, Aulis, *op. cit.*, 31.

proporcionan integridad y que le dan precisamente esa característica de sistema, toda vez que le suministran coherencia a las demás normas que lo componen. Simetría que no solamente se predica del sistema jurídico en general, sino también de los subsistemas que lo componen, como el derecho administrativo contractual, los cuales -además de estar en sintonía con aquél- deben tener coherencia interna⁴³⁴.

Con lo dicho hasta aquí, se tiene que los operadores jurídicos, al momento de resolver un caso concreto, deben analizar varias soluciones y tratar de ponderarlas, valorarlas y sopesarlas hasta encontrar unas respuestas más sólidas y justificadas que otras, teniendo como base los principios que informan el derecho y, más específicamente, la rama de aquél dentro de la cual se enmarca el asunto, así como las demás normas o reglas vigentes aplicables al mismo.

Pero, también el jurista debe estar comprometido con la justicia y la sociedad al pretender interpretar las normas que rigen esa comunidad y asimismo al auscultar o analizar las soluciones a los casos que se presenten. Como tal, también debe considerar las circunstancias en que se presentan dichos casos y buscar el fin que las normas persiguen, de acuerdo con el espíritu del sistema, de la CPol. y de los valores y principios del Estado Social y Democrático de Derecho.

Las razones de los dogmáticos son criterios auxiliares de interpretación⁴³⁵, porque precisamente son justificaciones de fondo, son argumentos para soportar una posible o posibles decisiones para los casos presentados o para casos hipotéticos que pueden llegar a presentarse. Así las cosas, si bien estas razones no son de obligatoria o directa observancia sí deben ser consultadas y tenidas en cuenta por el operador del derecho como un deber, más que legal, moral, y más que moral,

⁴³⁴ BOBBIO, Norberto, *Teoría General del Derecho*, op. cit., pp. 177-181.

⁴³⁵ CPol., art. 230.

ético, ya que con ayuda de ellas puede encontrar la decisión más apropiada justificándola de manera sustancial e igualmente idónea.

Entonces, las decisiones de los operadores jurídicos no deben basarse únicamente en el poder, ni en el mero capricho de los mismos. Deben estar justificadas con razones de fondo, que encuentren sustento en la CPol., la Ley y sus valores y principios. De lo contrario, el derecho perdería credibilidad como mecanismo para resolver los conflictos de una manera justa. No habría certeza jurídica. Es en este punto, se itera, donde los razonamientos de los juristas son provechosos, pues pueden enriquecer la tarea del operador jurídico llenándolo de argumentos válidos y de profundo contenido normativo y axiológico, y dando a conocer al público que hay otras posibles soluciones a los casos o mejores argumentos para llegar a ellas; de este modo, la opinión pública, y las demás autoridades del Estado, pueden tener elementos para juzgar la tarea del operador jurídico si decide de manera equívoca o diametralmente opuesta a lo que le señalan las disposiciones normativas, los principios y las interpretaciones adecuadas que de ellos hacen los juristas.

Si hay más personas expertas en los asuntos y materias a resolver, el margen de arbitrariedad y negligencia o deficiencias en la actuación pública del operador se reduce o, cuando menos, es fácil de auscultar o detectar y posteriormente criticar y juzgar para corregirlo en el futuro. Se restringe así el margen de arbitrariedad y de observación superficial de las reglas, principios y valores existentes para efectuar la argumentación. La pluralidad de soluciones posibles contribuye a hallar la mejor solución, ya que así se hace necesario buscar y analizar razones para justificar por qué una respuesta es más adecuada que otra (u otras).

En definitiva, entre más razonamientos se aporten por parte de la comunidad jurídica, entre más soluciones se esgriman y entre más razones se den para acoger finalmente una respuesta -que se predica más adecuada que las otras-, la certeza jurídica que se reclama se irá dando en mayor grado y el derecho y la justicia no

perderán legitimidad, pues la imparcialidad -y no la arbitrariedad ni las presiones-, la racionalidad y la pluralidad de argumentaciones se estarán respetando para bien de la sociedad y en aras de cumplir los mandatos y fines del Estado Social y Democrático de Derecho. *“Presuponer una respuesta correcta -a priori- no nos ayuda a servir mejor a la sociedad. Lo que realmente necesitamos es justificación racional”*⁴³⁶.

Todo -absolutamente todo- lo anterior, porque el derecho debe considerarse y estudiarse de una forma integral, es decir, adoptándose una teoría jurídica completa -que dé cuenta del fenómeno jurídico en su integridad-, que no sólo se ocupe del momento de su creación (por parte, principalmente, del legislador), sino además de su aplicación (por las autoridades judiciales y administrativas), debiendo ser, por ende, en su primera parte descriptiva y en la segunda prescriptiva, con miras al perfeccionamiento, tanto formal como material, del ordenamiento jurídico; para así conseguir ampliar la racionalidad del mismo en el momento de su aplicación, máxime en un ordenamiento jurídico constitucionalizado como el nuestro, en el cual la adjudicación del derecho deja de ser algo secundario y residual, adquiriendo gran importancia, siendo valorada ya no exclusivamente en términos de validez formal⁴³⁷.

En este sentido, una teoría integral en el estudio del derecho, comprometida con los valores y principios que lo conforman e informan, no puede ser simplemente descriptiva, si lo que se pretende con ella es el perfeccionamiento razonable del orden jurídico, por cuanto *“[e]l coste tremendo que tiene limitarse a describir es que nunca se puede orientar. La orientación sólo es posible desde la ‘participación’*:

⁴³⁶ AARNIO, Aulis, *op. cit.*, p. 38.

⁴³⁷ Ver AGUILÓ REGLA, Josep, *Teoría General de las Fuentes del Derecho y del Orden Jurídico*, Editorial Ariel, Barcelona, 2000, pp. 184 y ss; y LIFANTE VIDAL, Isabel, *Una Crítica a un Crítico del ‘No Positivismo’*, en *Revista Doxa*, No. 23, España, 2000, pp. 709-728.



participar en una práctica social no es sólo ***reproducir*** la conducta en que consiste esa práctica, es también ***construirla***⁴³⁸.

⁴³⁸ AGUILÓ REGLA, Josep, *op. cit.*, p. 193.



BIBLIOGRAFÍA

Referencias doctrinales

Dogmática

AARNIO, Aulis, *La Tesis de la Única Respuesta Correcta y el Principio Regulatorio del Razonamiento Jurídico*, en Revista Doxa, No. 8, España, 1990.

AGUILÓ REGLA, Josep, *Teoría General de las Fuentes del Derecho y del Orden Jurídico*, Editorial Ariel, Barcelona, 2000.

ALCHOURRÓN, Carlos E. y BULYGIN, Eugenio, *Introducción a la Metodología de las Ciencias Jurídicas y Sociales*, Astrea, Buenos Aires, 1975.

ALEXY, Robert, *Teoría de los Derechos Fundamentales*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2007.

ARIZA MORENO, Weimar, *La Cláusula de Multas en la Contratación Estatal*, Revista de Derecho Público No. 11, Universidad de los Andes, Bogotá, 2000.

ARRUBLA PAUCAR, Jaime Alberto, *Contratos Mercantiles: Teoría General del Negocio Mercantil*, Editorial Legis, Bogotá, 2012.

ATIENZA, Manuel, *La Dogmática Jurídica como Tecno-praxis*, en CARBONELL, Miguel, et al. (Coord.), *Estado Constitucional, Derechos Humanos, Justicia y Vida Universitaria*, Tomo IV, Volumen 1, UNAM, México, 2015.

ATIENZA, Manuel, *Por qué el Derecho*, en *Ensayos Jurídicos en Memoria de José María Cajica Camacho*, Volumen I, Editorial Cajica, Puebla, 2002.



BECERRA SALAZAR, Álvaro Darío, *Los riesgos en la Contratación Estatal*, Editorial Leyer, Bogotá, 2008.

BENAVIDES, José Luis, *El Contrato Estatal: entre el Derecho Público y el Derecho Privado*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2004.

BENAVIDES, José Luis, *Riesgos Contractuales*, en BENAVIDES, José Luis y SANTOFIMIO, Jaime Orlando (Comps.), *Contratación Estatal, Estudios sobre la reforma del Estatuto Contractual, Ley 1150 de 2007*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2009.

BER AITZ, Miguel Ángel, *Teoría General de los Contratos Administrativos*, Editorial Deplama, Buenos Aires, 1980.

BOBBIO, Norberto, *Teoría General del Derecho*, Editorial Temis, Bogotá, 1987.

BREWER-CARÍAS, Allan R., *El Proceso de Huida y de Recuperación del Derecho Administrativo*, en CIENFUEGOS SALGADO, David y RODRÍGUEZ LOZANO (Coords.), Luis Gerardo, *Actualidad de los Servicios Públicos en Iberoamérica*, UNAM, México, 2008.

CÁCERES NIETO, Enrique, *et al.* (Coord.), *Problemas Contemporáneos de la Filosofía del Derecho*, UNAM, México, 2005.

CASSESE, Sabino, *Derecho Administrativo: Historia y Futuro*, Instituto Nacional de Administración Pública-Global Law Press, Sevilla, 2014.

CARBONELL, Miguel, *et al.* (Coord.), *Estado Constitucional, Derechos Humanos, Justicia y Vida Universitaria*, Tomo IV, Volumen 1, UNAM, México, 2015.



CARRIÓ, Genaro, *Notas sobre Derecho y Lenguaje*, Editorial Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1965.

COHECHA LEÓN, César Antonio, *Derecho Administrativo Aduanero*, Grupo Editorial Ibáñez, Bogotá, 2008.

COURTIS, Christian, *El Juego de los Juristas, ensayo de Caracterización de la Investigación Dogmática*, en COURTIS, Christian (coord.), *Observar la Ley. Ensayos sobre Metodología de la Investigación Jurídica*, Editorial Trotta, Madrid, 2006.

DELGADO, José Manuel y GUTIÉRREZ FERNÁNDEZ, Juan (Coords.), *Métodos y Técnicas Cualitativas de Investigación Social*, Ed. Síntesis, Madrid, 1995.

DI LUCIA, Paolo, *Derecho, Lenguaje y Acción*, Editorial Fontamara, México, 2010.

DÍAZ, Elías, *Estado de Derecho y Sociedad Democrática*, Cuadernos para el Diálogo, Madrid, 1966.

DÍAZ-GRANADOS ORTIZ, Juan Manuel, *Los Seguros en el Nuevo Régimen de Contratación Administrativa*, Bogotá, Colombo Editores, 1995.

DROMI, Roberto, *Derecho Administrativo*, Ediciones Ciudad Argentina, Buenos Aires, 1997.

ESCOBAR GIL, Rodrigo, *Teoría General de Los Contratos de la Administración Pública*, Editorial Temis, Bogotá, 1999.



ESTRADA, Juan Pablo, *Los Nuevos Criterios de Selección Objetiva de los Contratistas del Estado*, en BENAVIDES, José Luis y SANTOFIMIO, Jaime Orlando, *X Jornadas de Derecho Administrativo. Incertidumbre en la Contratación Estatal*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2010.

ESTRADA, Juan Pablo, *Contratación Estatal ¿Reina la Incertidumbre?*, Revista Digital de Derecho Administrativo, Universidad Externado de Colombia, N°1, 2009, disponible en <http://revistas.uexternado.edu.co/index.php/Deradm/article/view/2594/2233>

EXPÓSITO VÉLEZ, Juan Carlos, *La Configuración del Contrato de la Administración Pública en Derecho Colombiano y Español, Análisis de la Selección de Contratistas*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2003.

EXPÓSITO VÉLEZ, Juan Carlos, *Forma y Contenido del Contrato Estatal*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2013.

FERNÁNDEZ RUIZ, Jorge y SANTIAGO SÁNCHEZ, Javier (Coords.), *Contratos Administrativos, Culturas y Sistemas Jurídicos Comparados*, UNAM, México, 2007.

FERRAJOLI, Luigi, *El Derecho como Sistema de Garantías*, en Revista Jueces para la Democracia, No. 16-17, Madrid, 1992.

FONSECA PRADA, Eduardo, *La Asignación o Distribución de Riesgos en la Contratación de Obras Públicas*, Revista de Derecho Público, N. 14, junio de 2002, Universidad de Los Andes, Bogotá.

FRANK, Jerome, *Derecho e Incertidumbre*, Editorial Fontamara, México, 1993.



GARRIGUES, Joaquín, *Contrato de Seguro Terrestre*, Editorial Aguirre, Madrid, 1973.

GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, *La Constitución Como Norma y el Tribunal Constitucional*, Editorial Civitas, Madrid, 1982.

GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón, *Curso de Derecho Administrativo*, Tomo I, Editorial Palestra-Temis, Lima-Bogotá, 2006.

GARCÍA MÁYNEZ, Eduardo, *Filosofía del Derecho*, Editorial Porrúa, México, 2004.

GARCÍA-TREVIJANO GARNICA, Ernesto, *El Régimen de las Garantías en la Contratación Administrativa*, Editorial Civitas, Madrid, 2002.

GÓMEZ LEE, Iván Darío, *Causales y Nuevo Procedimiento en la Contratación Directa*, Editorial Legis, Bogotá, 2012.

GÓMEZ LEE, Iván Darío, *Pasos inseguros en la nueva contratación*, Revista Digital de Derecho Administrativo, Universidad Externado de Colombia, N°1, 2009, disponible en <http://revistas.uexternado.edu.co/index.php/Deradm/article/view/2596/2235>.

GÓMEZ LEE, Iván Darío, *El Derecho de la Contratación Pública en Colombia*, Editorial Legis, Bogotá, 2013.

GORDILLO, Agustín, *Tratado de Derecho Administrativo*. Tomo III: El Acto Administrativo, Fundación de Derecho Administrativo, Buenos Aires, 2011.

GUASTINI, Riccardo, *Estudios sobre la Interpretación Jurídica*, Editorial Porrúa, México, 2008.



HART, H.L.A, *El Concepto de Derecho*, Editorial Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2004.

HERNÁNDEZ SILVA, Aida Patricia, *La responsabilidad contractual del Estado: ¿Una responsabilidad sin imputación?*, Revista de Derecho Privado N° 14, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2009.

HERNÁNDEZ SILVA, Aida Patricia, *La liquidación del Contrato Estatal*, Revista Digital de Derecho Administrativo, Universidad Externado de Colombia, N°1, 2008, disponible en <http://revistas.uexternado.edu.co/index.php/Deradm/article/view/2597/2236>

HINESTROSA, Fernando, *Tratado de las Obligaciones*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2007.

KAPLAN, Marcos, *Derecho y Jurista en la Sociedad y el Estado*, en LÓPEZ RUIZ, Miguel (Ed.), *A cien años de la muerte de Vallarta*, Cuadernos del Instituto de Investigaciones jurídicas, UNAM, México, 1994.

KELSEN, Hans, *Teoría Pura del Derecho*, Porrúa, México, 2005.

LARROUMET, Christian, *Teoría General del Contrato*, Volumen 2, Editorial Temis, Bogotá, 1999.

LIFANTE VIDAL, Isabel, *Una Crítica a un Crítico del 'No Positivismo'*, en Revista Doxa, No. 23, España, 2000.



LONG, Marceau, PROSPER, Weil, BRAIBANT Guy y DEVOLVÈ, Pierre, *Los Grandes Fallos de la Jurisprudencia Administrativa Francesa*, Librería Ediciones del Profesional, Bogotá, 2009.

LÓPEZ BLANCO, Hernán Fabio, *Comentarios al Contrato de Seguro*, Dupre Editores, Bogotá, 2010.

LÓPEZ PINA, Antonio, *La Autonomía Privada y los Derechos Fundamentales: Los Intereses Generales, Mandato Constitucional*, Revista Teoría y Realidad Constitucional, N. 20, UNAM, 2007.

MARIENHOFF, Miguel, *Tratado de Derecho Administrativo*, Tomo III, Buenos Aires. Editorial Abeledo Perrot, 1989.

MARÍN HERNÁNDEZ, Hugo Alberto, *Discrecionalidad Administrativa*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2007.

MÁRQUEZ VARGAS, Milena, *La Fiducia en el Manejo de Recursos de Anticipos en los Contratos Estatales*, Revista de Derecho Privado No. 52, Universidad de los Andes, Bogotá, 2014.

MODERNE, Frank y DELVOLVÉ, Pierre, *Las Transformaciones Contemporáneas del Contrato Administrativo en el Derecho Francés*, en Revista de Derecho Administrativo, nº 7/8, mayo-diciembre, Depalma, Buenos Aires, 1991.

NARVÁEZ BONNET, Jorge Eduardo, *Régimen Vigente de la Garantía Única en la Contratación Estatal en Colombia*, Revista Ibero-Latinoamericana de Seguros Vol. 23, No. 40, Universidad Javeriana, Bogotá, 2014.



NARVÁEZ BONNET, Jorge, *El Seguro de Cumplimiento; de Contratos y Obligaciones*, Grupo Editorial Ibáñez, Bogotá, 2011.

NIETO CAROL, Ubaldo, *Tratado de Garantías en la Contratación Mercantil*, Editorial Civitas, Madrid, 1996.

ORDÓÑEZ ORDÓÑEZ, Andrés, *El Seguro de Cumplimiento de Contratos Estatales en Colombia*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2011.

ORDÓÑEZ ORDÓÑEZ, Andrés, *Cuestiones Generales y Caracteres del Contrato*, en *Lecciones de Derecho de Seguros N°1*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2008.

ORDÓÑEZ ORDÓÑEZ, Andrés, *Elementos Esenciales, Partes y Carácter Indemnizatorio del Contrato*, en *Lecciones de Derecho de Seguros N°2*, Universidad Externado de Colombia, 2008.

OSORIO MORENO, Néstor David, *Las cláusulas excepcionales en la actividad contractual de la administración pública: ¿Autonomía de la voluntad o imposición del legislador?*, *Revista de Derecho Administrativo*, No. 10, Universidad Externado de Colombia, 2013.

OSPINA FERNÁNDEZ, Guillermo y OSPINA ACOSTA, Eduardo, *Teoría General del Contrato y el Negocio Jurídico*, Editorial Temis, Bogotá, 2005.

OSSA, Efrén, *Teoría General del Contrato de Seguro*, Editorial Temis, Bogotá, 1991.

PALACIO JARAMILLO, María Teresa, *Parámetros Constitucionales para la Determinación de un Régimen Jurídico en Colombia*, *Revista de Derecho Público N°14*, Universidad de los Andes, 2002.



PALACIO JARAMILLO, María Teresa, *Cláusulas Excepcionales*, Revista de Derecho Público N°17, Universidad de los Andes, Bogotá, 2004.

PAREJO ALFONSO, Luciano, *Crisis y Renovación en el Derecho Público*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1991.

PAREJO ALFONSO, Luciano, *Eficacia y Administración*. Tres Estudios, Instituto Nacional de Administración Pública, Madrid, 1995.

PAREJO ALFONSO, Luciano, *Lecciones de Derecho Administrativo*, Editorial Palestra-Tirant Lo Blanch, Valencia, 2007.

PAREJO ALFONSO, Luciano, *Estudio Preliminar: Interés público como criterio de control de la actividad administrativa*, en Marín Hernández, Hugo Alberto, *Discrecionalidad Administrativa*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2007.

PAREJO ALFONSO, Luciano, *El Régimen Jurídico General de la Contratación Pública en España*, en FERNÁNDEZ RUIZ, Jorge y SANTIAGO SÁNCHEZ, Javier (Coords.), *Contratos Administrativos, Culturas y Sistemas Jurídicos Comparados*, UNAM, México, 2007.

PÉREZ HUALDE, Alejandro, *Exorbitancia de las Prerrogativas de la Administración en los Contratos*, Revista Ópera Prima de Derecho Administrativo N°9, Asociación Internacional de Derecho Administrativo, México, 2011.

PÉREZ-SERRANO, Gloria, *Investigación Cualitativa*, Ed. La Muralla, Madrid, 1994.

PÉREZ VIVES, Álvaro, *Intermediación y Contratos Comerciales*, Editorial Edijus, Medellín, 1975.



PONCE DE LEÓN ARMENTA, Luis, *La metodología de la investigación científica del derecho*, Revista de la Facultad de Derecho, No. 205-206, UNAM, México, 1996.

RAMÍREZ RUSINQUE, Iván Alirio, *Menor valor: ¿oferta más favorable?*, *Revista Digital de Derecho Administrativo* N° 11, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2014, disponible en <http://revistas.uexternado.edu.co/index.php/Deradm/article/view/3832/4025>

RENGIFO GARCÍA, Ernesto, *Las Facultades Unilaterales en la Contratación Moderna*, Editorial Legis, Bogotá, 2014.

RICO OLAYA, José Alejandro, Aspectos Legales en el Seguimiento a los Contratos de Obra Pública, Ponencia presentada en el XV Simposio Colombiano Sobre Ingeniería de Pavimentos, Cundinamarca, 2005.

ROBLES SOTOMAYOR, María Elodia, *Caos y Derecho*, en CÁCERES NIETO, Enrique, *et al.* (Coord.), *Problemas Contemporáneos de la Filosofía del Derecho*, UNAM, México, 2005.

RODRÍGUEZ FLÓREZ, Erbey Enrique, *Derecho y Complejidad: Entropía, Caos e Interdisciplinariedad en Sistemas Jurídicos Dinámicos*, Grupo Editorial Ibáñez, Bogotá, 2014.

SAFAR DÍAZ, Mónica Sofía, *Análisis económico de los procedimientos de selección de contratistas del Estado en el derecho colombiano: hacia un mecanismo eficiente y transparente*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2009.

SANTAELLA QUINTERO, Héctor, *La forma del contrato estatal: Algunas reflexiones sobre la incidencia del estatuto orgánico del presupuesto sobre el*



perfeccionamiento de los contratos del Estado, Revista de Derecho Fiscal N° 3, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2006.

SANTOFIMIO GAMBOA, Jaime Orlando, *El Contrato de Concesión de Servicios Públicos. Coherencia con los Postulados del Estado Social y Democrático de Derecho en aras de su Estructuración en Función de los Intereses Públicos*, Tesis Doctoral, Facultad de Derecho y Ciencias Jurídicas, Departamento de Derecho Público del Estado, Área de Derecho Administrativo, Universidad Carlos III de Madrid, 2010.

SANTOFIMIO GAMBOA, Jaime Orlando, *Delitos de Celebración Indebida de Contratos*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2002.

SOTELO ROJAS, Sandra Patricia, *La participación del garante en el procedimiento sancionatorio contractual y en las declaratorias de incumplimiento: una obligación incoherente*, Revista Verba Iuris No. 29, Universidad Libre de Colombia, Bogotá, 2013.

SUÁREZ TAMAYO, David, *Cláusula de Multas y Penal Pecuniaria*, Librería Jurídica Sánchez & Centro de Estudios de Derecho Administrativo -CEDA, Medellín 2014.

SOLER, Sebastián, *La Interpretación de la Ley*, Editorial Ariel, Barcelona, 1962.

URIBE TOBÓN, Evamaría, *La Valoración del Riesgo en la Contratación Administrativa: una visión desde la economía*, en VIVEROS, Felipe (comp.), *Reforma al Régimen de Contratación Estatal*, Universidad de los Andes, Bogotá, 2010.



Otros documentos

CCE, *Guía para la elaboración de estudios del sector*, 2014.

CCE, *Guía para el manejo de anticipos mediante contrato de fiducia mercantil irrevocable*, 2014.

CCE, *Guía para el Manejo de Garantías en Procesos de Contratación*, 2014.

CCE, *Manual para la Identificación y Cobertura del Riesgo*, 2013.

CCE, *Manual para determinar y verificar los requisitos habilitantes en los procesos de contratación*, 2014.

CCE, *Manual de la Modalidad de Selección de Mínima Cuantía*, 2014.

CE, SCSC, Cpto. 12/09/84, Rad. 2123.

CE, SCSC, Cpto. 01/12/99, Rad. 1230.

CE, SCSC, Cpto. 14/12/00, Rad. 1293.

CE, SCSC, Cpto. 25/05/06, Rad. 11001-03-06-000-2006-00050-00(1748)

CE, SCSC, Cpto. 20/05/10, Rad. 11001-03-06-000-2010-00034-00(1992)

Documento CONPES 3714 de 2011, *del Riesgo Previsible en el marco de la política de contratación pública*.



PGN, Sala Disciplinaria, Decisión del 27/03/14, Rad. 161-5689 (IUC-D-2010-878-488501), disponible en <http://www.procuraduria.gov.co/relatoria/media/file/dependencia/SalaDisciplinaria/2014/1615689.doc>.

Referencias jurisprudenciales

Consejo de Estado

SCA, Secc. 3ra, S 11/12/89, Rad. 5334.
SCA, Secc. 3ra, S 05/07/90, Rad. 5556.
SCA, Secc. 3ra, S 09/04/92, Rad. 6491.
SCA, Secc. 3ra, S 03/09/93, Rad. 8394.
SCA, Secc. 3ra, S 16/06/94, Rad. 5729.
SCA, Secc. 3ra, S 21/10/94, Rad. 9288.
SCA, Secc. 3ra, S 10/07/97, Rad. 986.
SCA, Secc. 3ra, S 20/08/97, Rad. 12086.
SCA, Secc. 3ra, A 04/06/98, Rad 13988.
SCA, Secc. 3ra, S 16/07/98, Rad. 10652
SCA, Secc. 3ra, A 20/08/98, Rad. 14202.
SCA, Secc. 3ra, S 29/04/99, Rad. 14855.
SCA, Secc. 3ra, S 16/03/00, Rad. 10876.
SCA, Secc. 3ra, S 06/04/00, Rad. 12775.
SCA, Secc. 3ra, S 22/06/00, Rad. 12723.
SCA, Secc. 3ra, S 24/08/00, Rad. 11318.
SCA, Secc. 3ra, S 03/05/01, Rad. 25000-23-26-000-1993-8948-01(12724)
SCA, Secc. 3ra, S 24/05/01, Rad. 25000-23-26-000-1994-0296-01(13598)
SCA, Secc. 3ra, S 20/06/02, Rad 11001-03-26-000-2000-0004-01(19488)
SCA, Secc. 3ra, A 20/11/03, Rad. 25000-23-26-000-1999-01898-01(19929)
SCA, Secc. 3ra, S. 20/05/04, Rad. 11001-03-26-000-2003-00028-01(25154)



SCA, Secc. 3ra, S 19/08/04, Rad. 25000-23-26-000-1990-6904-01(12342)
SCA, Secc. 3ra, S 14/04/05, Rad. 05001-23-31-000-1994-00297-01(13599)
SCA, Secc. 3ra, S 05/05/05, Rad. 66001-23-31-000-1997-03756-01(15326)
SCA, Secc. 3ra, S 20/10/05, Rad. 25000-23-26-000-1995-01670-01(14579)
SCA, Secc. 3ra, S 01/03/06, Rad. 66001-23-31-000-1997-03801-01(15898)
SCA, Secc. 3ra, S 28/09/06, Rad. 73001-23-31-000-1997-05001-01(15307)
SCA, Secc. 3ra, S 30/11/06, Rad. 25000-23-26-000-2001-01008-01(30832)
SCA, Secc. 3ra, S 06/06/07, Rad. 41001-23-31-000-2001-01343-01(30565)
SCA, Secc. 3ra, S 13/11/08, Rad. 68001-23-31-000-1996-02081-01(17009)
SCA, Secc. 3ra, S 22/04/09, Rad. 19001-23-31-000-1994-09004-01(14667)
SCA, Secc. 3ra, S 26/01/11, Rad. 11001-03-26-000-2009-00018-00 (36408)
SCA, Secc. 3ra, Sub. A, S 31/03/11, Rad. 68001-23-15-000-1997-00942-01(16246)
SCA, Secc. 3ra, Sub. B, S 12/10/11, Rad. 25000-23-26-000-1995-0155501(20070)
SCA, Secc. 3ra, Sub. C, A 23/05/12, Rad. 25000-23-26-000-2011-00582-01 (42881)
SCA, Secc. 3ra, S 12/07/12, Rad. 85001-23-31-000-1995-00174-01(15024)
SCA, Secc. 3ra, Sub. A, S 13/02/13, Rad. 76001-23-31-000-1999-02622-01(24996)
SCA, Secc. 3ra, Sub. C, S 24/04/13, Rad. 68001-23-15-000-1998-01743-01(27315)
SCA, Secc. 3ra, Sub. C, S 24/10/13, Rad. 23001-23-31-000-2000-02857-01(24697)
SCA, Secc. 3ra, Sub. C, S 13/02/15, Rad. 05001-23-31-000-1996-01171-01 (26938)
SCA, Secc. 3ra, Sub. C, S. 16/03/15, Rad. 52001-23-31-000-2003-00665-01(32797)

Corte Constitucional

S C-454/94.
S C-154/96.
S C-452/99.
S C-539/99.
S SU-091/00.
S C-1436/00.
S C-417/02.



S C-649/02.

S T-017/05.

S C-713/09.

Corte Suprema de Justicia

SCC, S 14/06/89.

SCC, S 04/04/97.

SCC, S 16/11/05.

Referencias normativas

CCA

CCo.

CCv.

CGP

CPACA

CPC

CPol.

CST

D.1348/39.

D.2950/54.

D.150/76.

D.2388/79.

D.222/83.

D.624/89.

D.393/91.

D.591/91.

D.777/92.

D.1210/93.

D.679/94.

D.633/96.

D.1818/96.

D.2172/01.

D.280/02.

D.2790/02.

D.66/08.

D.2474/08

D.4828/08.

D.1716/09.

D.19/12.

D.734/12.

D.1510/13.

D.1069/15.

D.1082/15.

EOP

L.225/38.

L.29/90.

L.23/91.

L.6/92.

L.30/92.

L.131/92.

L.80/93.

L.100/93.

L.142/94.

L.315/96.

L.446/98.

L.489/98.

L.610/00.

L.640/01.

L.685/01.

L.689/01.

L.715/01.

L.782/02.

L.1107/06.

L.1118/06.

L.1150/07.

L.1286/09.

L.1324/09.

L.1341/09.

L.1454/11.

L.1474/11.

L.1508/12.

L.1563/12.

L.1682/13.

L.1738/14.

L.1753/15.

Resol.1810/57 de la CGR.

Resol.08660/81 de la CGR.